

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le nouveau cadre réglementaire européen des réseaux et services de communications électroniques

VERNET, P.; Queck, Robert; De Streel, Alexandre

Published in:
Cahiers de droit européen

Publication date:
2002

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):
VERNET, P, Queck, R & De Streel, A 2002, 'Le nouveau cadre réglementaire européen des réseaux et services de communications électroniques', *Cahiers de droit européen*, Numéro 3-4, p. 243-314.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Le nouveau cadre réglementaire européen des réseaux et services de communications électroniques

PAR

Alexandre de STREEL

*Expert à la Commission européenne
Chercheur à l'Institut Universitaire Européen, Florence*

Robert QUECK

*Directeur adjoint du CRID
Maître de conférences aux Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix, Namur*

ET

Philippe VERNET¹

Expert à la Commission européenne

1 OBJET, PLAN ET LIMITES DE L'ARTICLE

Au Conseil européen de Lisbonne de mars 2000, les chefs d'Etat et de gouvernements de l'Union européenne fixèrent un objectif très ambitieux pour la prochaine décennie: *"En 2010, l'Union doit devenir l'économie de la connaissance la plus compétitive et la plus dynamique du monde, capable d'une croissance économique durable accompagnée d'une amélioration quantitative et qualitative de l'emploi et d'une plus grande cohésion sociale"*. Cet objectif implique des infrastructures de communications électroniques efficaces, de qualité et disponibles à des prix compétitifs, puisque elles sont la base même de la nouvelle économie. A leur tour, de telles infrastructures, qui d'ailleurs représentent une part importante du PNB européen requièrent un cadre réglementaire optimal, actualisé et pérenne.

On se rappelle que la libéralisation des télécommunications en Europe et l'élaboration du cadre réglementaire les régissant, entamée en 1987 avec un important livre vert de la Commission européenne², fut basée sur deux corps de règles. D'une part, des directives de libéralisation, adoptées par la Commission sur la base de l'article 86 CE, ont progressivement supprimé les droits exclusifs ou spéciaux existants en matière de mise en œuvre des réseaux, services et appareils terminaux des télécommunications, pour aboutir à une libéralisation totale en 1998. D'autre part, les instruments d'harmonisation, adoptés par le Conseil et le Parlement en co-décision (depuis 1993) sur la base de l'article 95 CE, visaient à organiser l'entrée sur le marché et les relations entre ses acteurs pour assurer un véritable marché intégré et compétitif. Ces instruments qui mettaient en place le cadre ONP (Open Network Provision – fourniture d'un réseau ouvert) furent adoptés dès 1990 et plusieurs fois complétées et révisés pour tenir compte des libéralisations successives.

¹ Les opinions exprimées dans le présent article sont purement personnelles et ne reflètent pas nécessairement les vues des institutions auxquelles les auteurs appartiennent. Les auteurs remercient P.Y. POTELLE et E. VEGIS pour leurs commentaires pertinents. Sauf indications contraires, le texte reflète la situation au 15 août 2002.

² Communication de la Commission du 30 juin 1987, Vers une économie européenne dynamique, Livre vert sur le développement du marché commun des services et équipements des télécommunications, COM(87) 290.

Mais ce qu'il était convenu d'appeler le cadre réglementaire de 1998³ avait encore été conçu dans un contexte de monopole partiel⁴, et dès lors se devait d'être adapté⁵ pour tenir compte de l'évolution des marchés mais aussi de celle des technologies, et partant contribuer à l'objectif de Lisbonne. Ainsi, en 1999, la Commission avait commencé à réfléchir à une révision radicale du cadre réglementaire⁶. En juillet 2000, après une consultation publique étendue⁷, elle proposa un paquet de plusieurs directives⁸, dont la plupart ont été adoptées par le législateur européen en moins de 20 mois.

Comme par le passé, le nouveau paquet réglementaire⁹ est basé sur deux corps de règles. Ainsi il comprend d'abord une directive "libéralisation" qui se contente de codifier les précédentes directives en la matière tout en les adaptant au nouveau contexte.

Il comprend ensuite quatre principales directives d'harmonisation. La directive "cadre", qui en est la pierre angulaire, contient des dispositions horizontales servant aux autres mesures: champ d'application et grands principes, définitions de base, dispositions générales sur les Autorités Réglementaires Nationales (ARN), nouvelle notion de puissance significative sur le marché, et règle l'octroi de certaines ressources indispensables comme les radiofréquences, les numéros, ou les droits de passage. La directive "autorisation" organise l'entrée sur les marchés et vise à supprimer toute procédure administrative non indispensable. La directive "accès" règle les relations sur les marchés de gros entre les opérateurs en organisant leur accès mutuel aux réseaux et services, et vise ainsi à assurer un marché intégré et compétitif. Enfin, la directive "service universel" organise les relations sur les marchés de détail entre les opérateurs et les utilisateurs finals et vise à garantir les intérêts des citoyens européens. Ces quatre directives sont entrées en vigueur le 24 avril 2002. Les dispositions nationales qui les transposeront, seront applicables dans tous les Etats membres au même moment, à savoir le 25 juillet 2003. Le cadre réglementaire de 1998 sera alors abrogé.

³ Sur le cadre réglementaire de 1998, voy. Services de la Commission, *Marché européen libéralisé des télécommunications - Règles du jeu*, octobre 2000; L. GARZANITI, *Telecommunications, Broadcasting and the Internet - E.U. Competition Law and Regulation*, Sweet & Maxwell, 2000; P. LAROCHE, *Competition Law and Regulation in European Telecommunications*, Hart Publishing, 2000; P. NIHOUL, *Droit européen des télécommunications - L'organisation des marchés*, Larcier, 1999; J. SCHERER (Ed), *Telecommunication Laws in Europe*, Fourth edition, Butterworths, 1998; I. WALDEN, J. ANGEL (Ed), *Telecommunications Law*, Blackstone Press, 2001.

⁴ La fourniture du seul service de téléphonie vocale et de réseaux publics de télécommunications à cette fin pouvait être soumise à des droits exclusifs ou spéciaux jusqu'au 1^{er} janvier 1998 (des délais supplémentaires - actuellement écoulés - ayant été accordées à certains pays).

⁵ Les mesures du cadre réglementaire 1998 contenaient d'ailleurs des clauses prévoyant un réexamen de leur fonctionnement pour la fin 1999.

⁶ Communication de la Commission du 10 novembre 1999, *Vers un nouveau cadre pour les infrastructures de communications électroniques et les services associés - Réexamen 1999 du cadre réglementaire des communications*, COM (1999) 539 (ci-après, communication "réexamen 1999"). Cette communication se base notamment sur: Livre Vert de la Commission du 3 décembre 1997 sur la convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information, et les implications pour la réglementation - *Vers une approche pour la Société de l'Information*, COM (97) 623 et communication de la Commission, *La convergence entre les secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information, et les implications pour la réglementation - Résultats de la consultation publique sur le Livre Vert [COM(97)623final]*, COM(1999) 108.

⁷ Communication de la Commission du 26 avril 2000, *Résultats de la consultation publique sur le réexamen 1999 du cadre des communications et lignes directrices pour le nouveau cadre réglementaire*, COM (2000) 239.

⁸ *J.O.C.E.*, 19.12.2000, C 365 E/198 et s. pour les propositions des directives "cadre", "autorisation", "accès", "service universel", "vie privée et communications électroniques" ainsi que pour la proposition de la décision "spectre radioélectrique"; *J.O.C.E.*, 27.3.2001, C 96/2 pour le projet de la directive "libéralisation".

⁹ Les références des mesures constituant le nouveau cadre réglementaire des réseaux et services de communications électroniques se trouvent en annexe.

A ces directives du Conseil et du Parlement sont attachés quatre instruments qui ont été ou seront adoptés par la Commission et partant permettent une certaine souplesse dans la mise en œuvre du nouveau cadre: la décision "GRE" (Groupe des Régulateurs Européens) qui réunit les ARN de tous les Etats membres au sein d'un groupe pour leur permettre de se coordonner sur les questions d'intérêt européen; la recommandation « marchés pertinents » qui identifie les marchés que les ARN doivent analyser pour éventuellement imposer des obligations aux opérateurs qui y seraient puissants; les lignes directrices "analyse de marchés" qui visent à guider les ARN dans leurs analyses des marchés recensés dans la recommandation précitée; enfin, la liste "normes" qui identifie les normes que les ARN doivent encourager, voire éventuellement imposer, à travers l'Europe.

Le cadre comprend diverses autres mesures: une directive "vie privée et communications électroniques" qui vise à assurer la protection de la vie privée sur les réseaux et services de communications électroniques en complétant ainsi la directive générale en la matière¹⁰; une décision "spectre radioélectrique" qui vise à coordonner les politiques de spectre à travers l'Europe, et une décision "GPSR" (Groupe pour la Politique en matière de Spectre Radioélectrique) qui lui est associée.

L'objet du présent article est de décrire brièvement la nouvelle réglementation des communications électroniques en Europe en passant en revue les quatre principales directives d'harmonisation¹¹ et certains des documents qui les mettent en œuvre. Après cette introduction, la deuxième section identifie les objectifs de la révision du cadre réglementaire, son champ d'application ainsi que ses objectifs et principes de base. La troisième section étudie les institutions qui donneront vie à ce nouveau cadre. La quatrième section analyse les règles de l'entrée sur le marché. La sixième section décrit les règles d'organisation du marché qui visent à assurer une concurrence effective et un marché européen intégré. La cinquième section décrit les règles qui visent à garantir les intérêts des utilisateurs. Enfin l'article se termine par une brève conclusion. Par contre, l'article n'analyse pas la directive "vie privée et communications électroniques"¹², ni les deux décisions concernant le spectre¹³.

¹⁰ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *J.O.C.E.*, 26.10.1995, L 281/31.

¹¹ Voy. également: P. LAROCHE, "A Closer Look at Some Assumptions Underlying EC Regulation of Electronic Communications", *Journal of Network Industries* 3, 2002, 129-149; R. SCHÜTZ, T. ATTENDORN, *Das neue Kommunikationsrecht der Europäischen Union - Was muss Deutschland ändern*, MMR-Beilage 4, 2002. S. FARR and V. OAKLEY, *EU Communications Law*, Palladian Law, 2002; D. STEVENS, P. VALCKE, J. DUMORTIER, "Van Tele-communicatie naar Elektronische Communicatie - Een eerste verkenning van het nieuwe Europese kader voor de elektronische communicatiesector", *Rechtskundig Weekblad*, à paraître.

¹² Cette directive vise entre autre à assurer que les utilisateurs puissent marquer leur accord à l'emploi de témoins de connexion ("cookies"), à l'envoi de communications non sollicitées ("spam") et à l'utilisation des données de localisation. Néanmoins, certaines exceptions sont prévues pour garantir le bon déroulement des relations commerciales ou la sécurité nationale et la poursuite d'infractions pénales.

¹³ Ces décisions (la décision "spectre radioélectrique" et la décision "GPSR") visent à définir les bases politiques et juridiques nécessaires pour garantir la disponibilité harmonisée, actuelle et future, et l'utilisation rationnelle du spectre radioélectrique, afin de pouvoir mettre en œuvre des politiques communautaires dans des domaines aussi variés que ceux des communications électroniques, des transports, ou de la recherche et développement. Il s'agit donc essentiellement de mettre en place un cadre politique au niveau communautaire pour la coordination des approches de gestion des fréquences, et un cadre juridique assurant des conditions harmonisées en ce qui concerne la disponibilité et l'utilisation efficace de ce spectre. Les décisions ne confèrent pas en soi de réel pouvoir coercitif à la Commission mais visent essentiellement à améliorer la coordination en la matière dans l'ensemble de l'Union.

2 NECESSITE, CHAMP D'APPLICATION, OBJECTIFS ET PRINCIPES DU NOUVEAU CADRE

2.1 Objectifs de la révision du cadre réglementaire

La révision du cadre réglementaire de 1998 visait à l'adapter aux évolutions de la technologie et des marchés, ainsi qu'à le rendre plus simple et pérenne.

Ainsi, l'innovation technologique majeure de ces dernières années est sans nul doute la convergence technologique entre les secteurs des télécommunications, de l'audiovisuel et des technologies de l'information et la déspecialisation technique des infrastructures qui s'en suit. Si, autrefois, un service particulier était attaché à un réseau particulier, à l'avenir n'importe quel service pourra être fourni sur n'importe quel réseau. Par exemple, il est désormais possible de téléphoner sur des réseaux de télédistribution ou de transmettre des films sur les réseaux téléphoniques. Cette évolution technologique met en cause l'existence de cadres juridiques distincts pour différentes infrastructures en fonction des services transmis, et requiert au contraire des règles semblables s'appliquant de manière horizontale à toutes les infrastructures utilisées pour la transmission de signaux électromagnétiques. Par ailleurs, depuis 1998, on note également que la plupart des segments de marchés dans le secteur des télécommunications ont connu une concurrence croissante, même si certains restent encore sous contrôle de l'ancien monopoleur¹⁴. Dès lors, il fallait assurer que la réglementation sectorielle (qui vise principalement à assurer l'avènement d'une concurrence effective) se retire progressivement des segments concurrentiels.

En outre, vu l'importance de la réglementation dans le secteur, il était primordial qu'elle soit claire et transparente. Dès lors, il s'agissait de réduire les quelque 25 instruments qui avaient été adoptés durant les années 1990 à cinq directives principales¹⁵. De plus, vu la rapidité et l'imprévisibilité de l'évolution du secteur et la lenteur du processus législatif d'adoption de nouvelles directives, il était impératif que le nouveau cadre soit suffisamment flexible et laisse assez de marge de manœuvre aux ARN pour s'adapter aux évolutions technologiques et aux évolutions de la situation concurrentielle sur les marchés. D'un autre côté, il ne devait pas mettre en péril l'intégrité du marché intérieur (alors que les ARN qui appliquent le cadre réglementaire évoluent dans un contexte de traditions juridiques variées et de situations économiques au départ différentes), ni porter atteinte à la sécurité juridique. Enfin, il fallait assurer une co-existence harmonieuse entre réglementations sectorielles spécifiques des télécommunications et de l'audiovisuel et entre ces dernières et des réglementations horizontales (notamment droit de la concurrence et règles de protection des consommateurs) ainsi qu'entre les autorités chargées de les appliquer.

¹⁴ Communication de la Commission du 26 novembre 2001, Septième rapport sur la mise en œuvre de la réglementation en matière de télécommunications, COM(2001) 706, et les annexes.

¹⁵ L'adoption d'un code unique des communications électroniques avait été suggérée. L'idée avait l'avantage de garantir une cohérence de l'ensemble du régime, mais n'a finalement pas été retenue car elle apparaissait comme étant plus complexe à négocier dans le cadre de la co-décision. Cette appréhension s'est avérée fondée en ce qui concerne la directive "vie privée et communications électroniques" qui fut adoptée après l'ensemble des autres directives d'harmonisation du paquet.

2.2 Champ d'application du nouveau cadre réglementaire: des télécommunications vers les communications électroniques¹⁶

Au vu de la convergence technologique et de la nécessité d'une réglementation horizontale de l'ensemble des infrastructures, le nouveau cadre ne se limite plus aux réseaux et services de télécommunications dans un sens strict, comme ceux de téléphonie vocale, mais couvre l'ensemble des réseaux et services de communications électroniques, ainsi que les ressources et services associés. Les réseaux¹⁷ visent l'ensemble des systèmes de transmission et équipements de routage qui permettent l'acheminement de signaux électromagnétiques. Cette notion couvre par exemple les réseaux de télécommunications fixes et mobiles, les réseaux câbles TV ou par satellites, et même les réseaux électriques dans la mesure où ces derniers sont utilisés pour des services de communications électroniques. Ces services¹⁸ consistent, pour leur part, en la transmission de signaux sur ces réseaux. Enfin, les ressources associées¹⁹ visent les ressources qui peuvent être nécessaires pour transmettre le signal à l'utilisateur final. Par exemple, elles couvrent les systèmes d'accès conditionnel²⁰ (par exemple les boîtiers distribués par les opérateurs de télévision payante) ou les interfaces de programme d'application (API)²¹ utilisées pour la distribution de la télévision digitale (programmes qui constituent une sorte d'"operating system" ou en d'autres mots, l'équivalent de ce qu'est Windows dans le monde des PC)²².

¹⁶ Cette section se base sur P. GERARD, R. QUECK, P. VALCKE, D. STEVENS, "Le nouveau cadre réglementaire européen des réseaux et services de communications électroniques - Enjeux pour la Belgique fédérale", *Auteurs & Média* 3, 2002, spéc. 257-265.

¹⁷ L'article 2.(a) de la directive "cadre" définit le réseau de communications électroniques comme: *"les systèmes de transmission et, le cas échéant, les équipements de commutation ou de routage et les autres ressources qui permettent l'acheminement de signaux par câble, par voie hertzienne, par moyen optique ou par d'autres moyens électromagnétiques, comprenant les réseaux satellitaires, les réseaux terrestres fixes (avec commutation de circuits ou de paquets, y compris l'Internet) et mobiles, les systèmes utilisant le réseau électrique, pour autant qu'ils servent à la transmission de signaux, les réseaux utilisés pour la radiodiffusion sonore et télévisuelle et les réseaux câblés de télévision, quel que soit le type d'information transmise"*.

¹⁸ L'article 2.(c) de la directive "cadre" définit le service de communications électroniques comme: *"le service fourni normalement contre rémunération qui consiste entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques, y compris les services de télécommunications et les services de transmission sur les réseaux utilisés pour la radiodiffusion, mais qui exclut les services consistant à fournir des contenus à l'aide de réseaux et de services de communications électroniques ou à exercer une responsabilité éditoriale sur ces contenus; ..."*.

¹⁹ Article 2.(e) de la directive "cadre" définit les ressources associées comme les ressources associées à un réseau et/ou à un service *"qui permettent et/ou soutiennent la fourniture de services via ce réseau et/ou ce service; elles comprennent les systèmes d'accès conditionnel et les guides électroniques de programmes"*.

²⁰ Le système d'accès conditionnel est défini par l'article 2.(f) de la directive "cadre" comme *"toute mesure et/ou disposition techniques subordonnant l'accès sous une forme intelligible à un service protégé de radio ou de télévision à un abonnement ou à une autre forme d'autorisation individuelle préalable"*.

²¹ L'API est défini par l'article 2.(p) de la directive "cadre" comme *"l'interface logicielle entre des applications, fourni par les radiodiffuseurs ou prestataires de service, et les ressources de l'équipement de télévision numérique avancée prévues pour les services de télévision et de radio numérique"*.

²² Le concept de "services associés" n'est pas défini. Il risque d'ailleurs de recouper, au moins partiellement, celui des "ressources associées" si on prend à témoin la communication "réexamen 1999" (page 5) qui définit les services associés comme *"des services de communications et d'accès liés à la fourniture d'un accès à un service particulier à des utilisateurs autorisés (p.ex. services d'accès conditionnel, guides de programmes électroniques)"*. Le concept a été introduit (sans être défini) dans l'article 1^{er} de la directive "cadre" par un amendement adopté en première lecture du Parlement et proposé par le rapporteur PAASILINNA qui citait à titre d'exemple les services d'annuaires (Parlement européen, Commission de l'industrie, du commerce extérieur, de la recherche et de l'énergie, Rapport sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et les services de communications électroniques (COM(2000) 393 – C5-0428/2000 – 2000/0184(COD)), A5-0053/2001, 7 février 2001, amendement 13, ci-après rapport "ITRE").

Si les nouvelles directives couvrent donc l'ensemble des infrastructures de communications électroniques, elles ne visent pas le contenu qui est transporté sur celles-ci, comme les programmes audiovisuels ou les services de commerce électronique. Ces contenus font l'objet de réglementations spécifiques au niveau européen²³ et national, qui peuvent poursuivre des objectifs propres (notamment en matière de pluralisme et diversité culturelle) et auxquelles le nouveau cadre n'entend pas porter atteinte²⁴. Néanmoins, reconnaissant que des liens existent inévitablement entre contenus et contenants et donc entre leur réglementation²⁵, le nouveau cadre permet que certaines obligations soient imposées aux opérateurs de réseaux et services pour atteindre des objectifs liés au contenu²⁶. De manière plus générale, la directive "cadre" permet d'ailleurs aux ARN de contribuer à la mise en œuvre des politiques visant la promotion de la diversité culturelle et linguistique ainsi que le pluralisme dans les médias²⁷.

En outre, le nouveau cadre ne vise pas les équipements terminaux qui sont destinés à être connectés aux réseaux publics (par exemple les appareils téléphoniques) et qui font également l'objet d'une réglementation spécifique²⁸.

2.3 Objectifs du nouveau cadre réglementaire et de l'action des ARN

Si les objectifs de la réglementation et de l'action des ARN sont restés inchangés depuis ses origines²⁹, ils sont pour la première fois repris tels quels dans un article d'une directive³⁰, et couvrent trois aspects. Le premier objectif est la *promotion de la concurrence* dans la fourniture des réseaux et services de communications électroniques et, par conséquent vise

²³ Ainsi les services audiovisuels font l'objet de la directive 89/552/CEE du Conseil du 3 octobre 1989 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, *J.O.C.E.*, 17.10.1989, L 298/23, dite directive "télévision sans frontière", telle qu'amendée par la directive 97/36/CE du 30 juin 1997, *J.O.C.E.*, 30.7.1997, L 202/60, tandis que le commerce électronique fait l'objet entre autres de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ("directive sur le commerce électronique"), *J.O.C.E.*, 17.7.2000, L 178/1.

²⁴ Article 1.2 et 1.3 et considérant 5 à 7 et 9 de la directive "cadre".

²⁵ Ce lien tient notamment au fait que l'opérateur qui contrôle le contenant, contrôle indirectement le contenu qui pourra être distribué aux utilisateurs finals.

²⁶ Cette disposition vise principalement des objectifs de diversité culturelle dans les médias. Ainsi les Etats membres peuvent imposer des conditions relatives au contenu dans les autorisations générales de fourniture des réseaux, par exemple des restrictions concernant la transmission de contenus illégaux, ou aux droits d'utilisation individuels des radiofréquences, par exemple réserver l'utilisation d'une fréquence pour garantir la transmission de certains contenus ou services audiovisuels (article 6.1 et annexe, points A.9 et B.1 de la directive "autorisation"). De même, ils peuvent imposer à certains opérateurs des obligations de diffuser ("must-carry") pour la transmission de chaînes ou de services de radio et de télévision (article 31 de la directive "service universel" ainsi que article 6.1 et annexe, point A.6 de la directive "autorisation"). D'autres dispositions prévoient des obligations spécifiques, pour ce qui concerne la radiodiffusion numérique, en matière d'accès aux systèmes d'accès conditionnel et autres ressources associées (articles 5.1.(b) et 6 ainsi qu'annexe I de la directive "accès"; article 6.2 de la directive "autorisation"). Les Etats membres doivent également encourager l'interopérabilité des services et équipements de télévision numérique (article 18 de la directive "cadre" ainsi qu'article 24 de la directive "service universel").

²⁷ Articles 1.3 et 8.1 al. 3 et considérant 5 de la directive "cadre".

²⁸ Directive 88/301/CEE de la Commission du 16 mai 1988 relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunications, *J.O.C.E.*, 27.5.1988, L 131/75 telle que modifiée par la directive 94/46/CE du 13 octobre 1994, *J.O.C.E.*, 19.10.1994, L 268/15, et directive 1999/5/CE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 1999 concernant les équipements hertziens et les équipements terminaux de télécommunications et la reconnaissance mutuelle de leur conformité, *J.O.C.E.*, 7.4.1999, L 91/10, ci-après directive "terminaux".

²⁹ Voy. R. QUECK, Ph. DEFRAIGNE, "Réflexions sur la notion de puissance sur le marché en droit des télécommunications : concept autonome ou chimère?", in E. MONTERO (Dir.), *Droit des technologies de l'information: Regards prospectifs, Cahier du Crid n° 16*, Bruylant, 1999, 342-344 et 346-348.

³⁰ Article 8.2 à 8.4 de la directive "cadre".

que l'ensemble des utilisateurs retire un bénéfice maximal en termes de choix, de prix et de qualité. Le deuxième objectif est le *renforcement du marché intérieur*. Cela implique d'une part le développement d'une culture réglementaire européenne, notamment par une coordination accrue des ARN, et d'autre part, la stimulation d'offres paneuropéennes, notamment en assurant une interopérabilité des réseaux et services entre les pays membres. Enfin, le troisième objectif est de *garantir les intérêts des citoyens de l'Union européenne* et implique d'une part l'universalité d'accès à certains services et d'autre part, la protection des consommateurs.

Ces trois objectifs et leurs moyens sont liés les uns aux autres. Ainsi la concurrence et un authentique marché intérieur sont sans doute les meilleurs garants des droits des utilisateurs puisqu'ils permettent l'offre de services de qualité à prix coûtant, et réduisent le pouvoir des grands opérateurs. Par ailleurs, l'interopérabilité des réseaux participe tant de l'objectif de concurrence qu'à celui du marché intérieur.

2.4 Principes du nouveau cadre réglementaire et de l'action des ARN

Dans sa communication de 1999 inaugurant la révision du cadre³¹, la Commission avait énoncé cinq principes d'une bonne réglementation, que l'on retrouve (en partie de manière explicite) dans les nouvelles directives³² en tant que principes à respecter par les ARN dans l'accomplissement de leurs tâches.

Le premier principe veut que la réglementation en tant que telle et l'action des ARN reposent sur des *objectifs politiques clairement définis*. Les ARN doivent tenir compte des objectifs généraux listés par l'article 8 de la directive "cadre"³³ et exposés ci-dessus, et s'employer à les atteindre, ce qui confère à ces objectifs une authentique valeur normative.

Le deuxième principe assure que la *réglementation est réduite au minimum nécessaire* pour atteindre les objectifs fixés, et s'apparente ainsi au principe bien connu en droit européen de la proportionnalité. Le législateur européen part de l'hypothèse que le marché est le meilleur moyen d'atteindre l'intérêt général, et dès lors, une intervention publique n'est justifiée que si le marché ne fonctionne pas efficacement suite à la présence d'entreprises ayant un pouvoir de marché important ou si le marché ne parvient pas à remplir certains objectifs d'intérêt général (comme une accessibilité pour tous à certains services). Le principe entraîne plusieurs conséquences. D'abord, les barrières réglementaires à l'entrée sur le marché doivent être réduites au minimum, par exemple en préférant un régime d'autorisation générale à celui des licences individuelles. Ensuite, il implique une priorité à l'application du droit général de la concurrence et une intervention de la réglementation sectorielle imposant des obligations ex ante aux opérateurs puissants si le droit de la concurrence s'avère insuffisant. Le nouveau régime vise à lever progressivement la réglementation sectorielle au fur et à mesure que la concurrence se développe ou que le droit de la concurrence pourrait s'avérer suffisant pour atteindre la concurrence effective. Enfin, le principe implique une utilisation accrue de la co-réglementation, où les pouvoirs publics se contentent d'encourager les acteurs du marché à développer des solutions communes ou de fixer des objectifs que les acteurs doivent mettre en œuvre de la façon qui leur convient le mieux. Citons à titre d'exemple l'article 33.2 de la directive "service universel" et son considérant 48.

³¹ Communication "réexamen 1999", 14-17.

³² Principalement à l'article 8.1 de la directive "cadre".

³³ Articles 7.1, 8.1, 9, 20.2 et 3, 21.2 et 3 de la directive "cadre"; article 7.3 de la directive "autorisation"; articles 5.1, 5.4, 8.4, 12.2 de la directive "accès"; article 17.1.(b) et 17.2 de la directive "service universel".

Le troisième principe veut que la *réglementation soit flexible dans un environnement dynamique tout en garantissant la sécurité juridique*, notamment indispensable pour promouvoir des investissements.. Même s'il s'agit de deux objectifs louables, flexibilité et sécurité juridique peuvent s'avérer contradictoires et le nouveau cadre tente d'atteindre un délicat équilibre entre les deux. Ainsi les directives, qui ne sont pas aisément modifiables³⁴, se limitent à fixer les objectifs, les grands principes, les règles de base et les procédures et laissent une grande marge de manœuvre aux ARN. Toutefois, cette flexibilité est encadrée par plusieurs documents de "soft law", et donc en principe non contraignants³⁵, de la Commission qui expliquent comment certains concepts et règles devraient être interprétés et appliqués par les ARN et qui peuvent aisément être adaptés à l'évolution des marchés. Aux fins de sécurité juridique, la flexibilité est également encadrée, en ce qui concerne plus spécifiquement la marge d'appréciation laissée aux ARN, par leur obligation de mettre en œuvre les objectifs explicitement formulés du cadre réglementaire, par des obligations de consultations publiques et de coordination notamment au niveau européen, et finalement par les possibilités de recours qui existent contre leurs décisions.

Selon le quatrième principe, il est souhaitable que la réglementation soit *technologiquement neutre*³⁶. Ce principe vise tenir compte de la convergence et assure qu'aucune technologie n'est favorisée ou défavorisée par la réglementation. Ainsi, un service particulier doit être soumis au même régime, peu importe le type de technologie utilisé.

Enfin, le cinquième principe prévoit que si la réglementation peut être adoptée au niveau mondial, européen ou national, elle doit être *appliquée aussi près que possible des activités réglementées*. Comme le troisième, le cinquième principe n'est pas explicitement inscrit dans l'article 8.1 de la directive "cadre". Ces deux principes seront en effet mis en œuvre par le droit communautaire dans son ensemble plutôt que spécifiquement par les ARN. Ce cinquième principe illustre le rôle des ARN qui sont les mieux placées pour tenir compte de l'état des marchés dans les États membres, mais dont l'action doit être coordonnée afin d'éviter toute fragmentation du marché intérieur.

³⁴ Un réexamen général des directives est prévu en juillet 2006 (articles 25 de la directive "cadre", 16 de la directive "autorisation", 17 de la directive "accès" et 36.3 de la directive "service universel"), avec un réexamen en juillet 2005 pour le service universel (article 15 de la directive "service universel") et en juillet 2004 en matière d'interopérabilité des services de télévision numérique interactive (article 18.3 de la directive "cadre").

³⁵ En ce qui concerne les recommandations, notons que si en vertu de l'article 249 EC elles ne lient pas, elles ne sont pour autant pas dépourvues de tout effet juridique. "*En effet, les juges nationaux sont tenus de prendre les recommandations en considération en vue de la solution des litiges qui leur sont soumis, notamment lorsque celles-ci éclairent l'interprétation de dispositions nationales prises dans le but d'assurer leur mise en œuvre, ou encore lorsqu'elles ont pour objet de compléter des dispositions communautaires ayant un caractère contraignant*" (C.J.C.E., 13 décembre 1989, Grimaldi, C-322/88, Rec. I-4407, pt. 18). De plus, les mesures de "réglementation douce" sont encadrées de sorte à leur garantir un respect maximal. Ainsi, selon l'article 19.1 de la directive "cadre", les ARN doivent tenir le plus grand compte des recommandations d'harmonisation adoptées le cas échéant par la Commission et motiver leur position vis à vis de cette dernière si elles n'entendent pas suivre pareille recommandation. Ainsi encore, les ARN doivent tenir le plus grand compte des lignes directrices "analyse du marché" (article 15.3 de la directive "cadre") et la désignation d'une entreprise comme disposant d'une puissance significative sur le marché est soumis au veto éventuel de la Commission (article 7.4 de la directive "cadre").

³⁶ Article 8.1, al. 2 de la directive "cadre". Il y a cependant des exceptions au principe. Ainsi, si un service utilise des radiofréquences, il faudra tenir compte de la réalité technologique de la rareté de la ressource "spectre radioélectrique" et le principe "*n'empêche pas que des mesures proportionnées soient prises afin de promouvoir certains services spécifiques, si cela est justifié, par exemple la télévision numérique dans le but d'accroître l'efficacité de l'utilisation du spectre*" (considérant 18 de la directive "cadre").

3 ASPECTS INSTITUTIONNELS

Cette troisième section étudie les institutions qui donneront vie au nouveau cadre réglementaire. Elle analyse d'abord au niveau national les missions, caractéristiques et principes d'organisation des autorités réglementaires nationales. Ensuite, au niveau européen, elle détaille les différents mécanismes qui visent à assurer la consolidation du marché intérieur.

3.1 Les Autorités Réglementaires Nationales (ARN)³⁷

- *Le concept d'Autorité Réglementaire Nationale et leurs missions*

En ce qui concerne les ARN, le système du cadre réglementaire de 1998 a été largement repris tout en étant précisé davantage. Les véritables nouveautés résident dans la marge de manœuvre octroyée aux ARN et consécutivement dans les mesures relatives aux obligations de coopération des ARN et dans les mécanismes visant à consolider le marché intérieur. La directive "cadre", adoptant une approche fonctionnelle, définit l'ARN comme "*l'organisme ou les organismes chargés par un État membre d'une quelconque des tâches de réglementation assignées dans la présente directive et dans les directives particulières*"³⁸. Comme le concept de "tâches de réglementation" n'est pas défini davantage, il faut se référer aux différentes mesures constituant le nouveau cadre réglementaire pour y relever les tâches confiées aux ARN. Elles visent en fait surtout l'application des règles aux opérateurs et utilisateurs par des mesures individuelles prises au cas par cas³⁹. Dans une moindre mesure, on peut considérer que certaines des compétences confiées aux ARN visent également l'adoption de règles⁴⁰, c'est à dire l'adoption de mesures générales et dépassant un cas d'application précis⁴¹.

³⁷ Voy. D. GERARDIN, "Institutional Aspects of EU Regulatory Reforms in the Telecommunications Sector: An analysis of the role of National Regulatory Authorities", *Journal of Network Industries* 1, 2000, 5-32.; R. QUECK, "The Future of National Telecommunications Regulatory Authorities", *Info* 3, 2000, 251-269; T. ZGAJEWSKI, M. VAN BELLINGHEN, "Quelle réforme pour le régulateur des télécommunications en Belgique?", *Studia Diplomatica* 6, 2000, 51-81; P. NIHOUL, "Authorities, competition and electronic communications - Towards institutional competition in the information society", *Info* 1, 2002, 7-23.

³⁸ Article 2.(g) de la directive "cadre".

³⁹ Par exemple, déterminer les entreprises puissantes et leur imposer les obligations appropriées (articles 15 et 16 de la directive "cadre", articles 7 - 13 de la directive "accès", article 16 - 19 de la directive "service universel"), assurer le respect des conditions de l'autorisation générale (article 10 de la directive "autorisation"), calculer l'éventuel coût net du service universel (article 12 de la directive "service universel").

⁴⁰ Par exemple, définir des conditions et des procédures en matière de publication d'informations (articles 11.3 et 22.2 de la directive "service universel"), établir des procédures d'assignation des ressources nationales de numérotation objectives, transparentes et non discriminatoires (article 10.1 de la directive "cadre"). Dans de nombreux pays, les ARN participent d'ailleurs à la préparation de la législation. Cette conception large des fonctions des ARN (application - en ce compris résolution des litiges-, préparation et même adoption de règles), couplée à l'exigence de leur indépendance, s'inspire plutôt du modèle anglo-saxon et peut soulever des problèmes de constitutionnalité par rapport au principe de la séparation des pouvoirs dans certains Etats membres (T. ZGAJEWSKI, M. VAN BELLINGHEN, *op. cit.*, 51-53 et 59-60). La question a d'ailleurs été posée de savoir si du fait que les ARN assurent surtout (et pour certaines elles devraient assurer seulement) la fonction d'application des règles, l'utilisation du concept d'autorité de régulation plutôt que celui d'autorité de réglementation ne serait pas plus appropriée (voy. T. ZGAJEWSKI, M. VAN BELLINGHEN, *op. cit.*, 65 note 2, 67).

⁴¹ Notons que certaines décisions individuelles, par exemple l'imposition d'obligations en matière d'interconnexion à une entreprise puissante, rayonnent au-delà du cas individuel et influencent le fonctionnement de toute l'industrie. Celles-ci constituent alors pour M. CAVE et P. LAROCHE (*European Communications at the Crossroads*, CEPS, 2001, 19) un niveau intermédiaire de mesures, se situant entre le niveau de décisions politiques générales comme la législation et celui des décisions dans des cas individuels.

Les diverses tâches des ARN peuvent être regroupées en quatre catégories. Premièrement, elles participent à l'organisation des marchés notamment en imposant des obligations *ex-ante* à des fournisseurs de réseaux ou de services⁴². Deuxièmement, elles contrôlent et assurent le respect des règles et obligations imposées⁴³. Troisièmement, elles peuvent résoudre les litiges entre opérateurs, ce qui permet des actions rapides et peu coûteuses devant une instance spécialisée⁴⁴. En cas de litiges internes à un Etat membre⁴⁵, l'ARN prend à la demande d'une des parties une décision contraignante dans un délai maximal de quatre mois. Toutefois, pour répondre aux problèmes de constitutionnalité de certains Etats membres qui ne peuvent confier des tâches juridictionnelles aux ARN, la directive "cadre" prévoit la possibilité pour ces autorités de refuser de statuer lorsqu'il existe d'autres mécanismes appropriés⁴⁶. En cas de litiges transfrontaliers⁴⁷, il est seulement prévu que les ARN concernées se coordonnent pour les résoudre. Enfin quatrièmement, les ARN sont un vecteur d'information sur l'état des marchés. Ainsi, elles publient, tout en respectant les règles de confidentialité et de secret des affaires, les informations susceptibles de contribuer à l'instauration d'un marché ouvert et concurrentiel⁴⁸, imposent à certains fournisseurs de réseaux et services de publier certaines informations⁴⁹ et communiquent à la Commission, sur sa demande motivée, les renseignements dont elle a besoin⁵⁰.

Ajoutons que le nouveau cadre octroie aux ARN une flexibilité bien plus importante que le cadre de 1998 afin qu'elles puissent appliquer les règles d'une manière adaptée à la situation des marchés et des technologies. Par exemple, comme nous le verrons, elles peuvent choisir les obligations qu'elles imposent aux opérateurs puissants. Toutefois, cette flexibilité est fortement encadrée par divers mécanismes pour maintenir une approche cohérente au niveau européen et garantir la sécurité juridique.

- ***Principes d'organisation et caractéristiques des ARN***

Dans un souci de subsidiarité, les directives prévoient que les Etats membres peuvent confier les missions des ARN à une ou plusieurs autorités différentes⁵¹. Cette répartition des tâches peut se faire en fonction des thématiques (par exemple en créant un organisme spécifique chargé de la gestion des fréquences) ou en fonction des règles de répartition des compétences internes à un Etat membre (par exemple en Belgique, des organismes communautaires seront compétents pour les réseaux transmettant des signaux de radiodiffusion et un organisme

⁴² Par exemple sur base des articles 8 de la directive "accès" et 17 de la directive "service universel".

⁴³ Article 10 (en combinaison avec l'article 6.2) de la directive "autorisation". Voy. également l'article 5.1 de la directive "cadre".

⁴⁴ Néanmoins, cette possibilité présente l'inconvénient de multiplier les instances et d'allonger les procédures. Il eût sans doute été préférable de prévoir un système d'expertise devant les juridictions ordinaires.

⁴⁵ Article 20 de la directive "cadre". Voy. également l'article 34 de la directive "service universel".

⁴⁶ Pareille réserve ne nous semble cependant pas résoudre d'éventuels problèmes de constitutionnalité, car permettre à l'ARN de refuser sa saisine, exige d'abord qu'on lui reconnaisse la compétence de principe de se saisir. De plus, si après quatre mois, le litige n'est pas résolu et n'a pas été porté devant une juridiction, les parties peuvent ressaisir l'ARN qui doit alors trancher.

⁴⁷ Article 21 de la directive "cadre". Voy. également l'article 34.3 de la directive "service universel".

⁴⁸ Article 5.4 et 5 de la directive "cadre". Voy. également article 24 de la directive "cadre" (publication par les Etats membres d'informations sur l'application des directives) ainsi que l'article 20.5 de la même directive (publication des décisions résolvant des litiges entre entreprises).

⁴⁹ Par exemple, article 9 de la directive "accès" (informations en matière de prix ou de conditions de fourniture); articles 11.1 et 22.1 de la directive "service universel" (informations en matière de qualité des services offerts).

⁵⁰ Article 5.2 de la directive "cadre". Par exemple, article 17.3 de la directive "service universel" (informations sur les contrôles effectués sur le marché de détail), articles 8.5 et 16.2 de la directive "accès" ainsi que 36.2 de la directive "service universel" (notification des entreprises puissantes et des obligations qui leur sont imposées).

⁵¹ Ce principe est inscrit dans la définition même des ARN à l'article 2(g) de la directive "cadre"

fédéral le sera pour les autres réseaux⁵²). Mais pour garantir la transparence, les Etats membres doivent publier d'une manière aisément accessible les tâches des autorités, en particulier lorsqu'elles sont confiées à plusieurs organismes et notifier à la Commission toutes les ARN et leurs responsabilités⁵³.

Pour garantir des décisions efficaces et équitables, la directive "cadre" prévoit que les ARN doivent disposer de toutes les ressources nécessaires en termes de personnel, compétences et pouvoirs ainsi que de moyens financiers. En outre, chaque ARN doit être indépendante et exercer son pouvoir de manière impartiale⁵⁴. Cette exigence d'indépendance des ARN qui entend éviter qu'une autorité ne soit à la fois juge et partie, joue à deux niveaux. D'une part, vis-à-vis des fournisseurs de réseaux, de services ou d'équipements de communications électroniques. D'autre part, si un Etat conserve la propriété ou le contrôle d'un opérateur, une séparation structurelle effective entre la fonction de réglementation et les activités liées à la propriété ou à la direction doit être assurée⁵⁵. Certains avaient suggéré d'aller plus loin⁵⁶ et proposé de prévoir une indépendance des ARN vis-à-vis du pouvoir politique de manière générale, même si ce dernier ne contrôle plus aucun opérateur. Ceci permettrait aux ARN notamment d'adopter une perspective de plus long terme et de se concentrer sur les intérêts spécifiques du secteur des communications électroniques, ces intérêts pouvant parfois entrer en conflit avec d'autres intérêts légitimes défendus par les pouvoirs publics (par exemple l'emploi chez les opérateurs). Toutefois, une telle autonomie n'a pas été retenue par le nouveau cadre réglementaire.

Pour prendre des décisions appropriées, les ARN ont également le droit de demander aux entreprises qui fournissent des réseaux ou services de communications les informations dont elles ont besoin⁵⁷. Par ailleurs, elles doivent mener une consultation publique sur toute mesure

⁵² Voy. P. GÉRARD, R. QUECK, P. VALCKE, D. STEVENS, *op. cit.*, 265 - 272. Cette dernière méthode d'organisation soulève cependant des questions de coordination et nous semble problématique par rapport à la philosophie horizontale du cadre réglementaire. D'ailleurs, réagissant à la convergence technologique, plusieurs Etats membres (comme par exemple l'Autriche, la Finlande, l'Italie, le Royaume Uni) ont déjà intégré dans les compétences d'un seul régulateur radiodiffusion et télécommunications ou sont en train de le faire.

⁵³ Article 3.4 et 6 de la directive "cadre".

⁵⁴ Voy. l'article 3.1-3 et le considérant 11 de la directive "cadre". L'article 11.2 de la directive "cadre" exige d'ailleurs de manière spécifique qu'il y ait une séparation structurelle effective entre la fonction responsable de l'octroi des droits de passage et les activités associées à la propriété et au contrôle lorsque des autorités publiques ou locales (généralement compétentes pour cet octroi) conservent la propriété ou le contrôle d'entreprises exploitant des réseaux et/ou des services de communications électroniques. Egalement l'article 6 de la directive 88/301/CEE, *cit. supra*.

⁵⁵ Sur la signification et la manière de mettre en œuvre la séparation structurelle exigée, voy. procès-verbal de la 1941^e session du Conseil (Télécommunications) tenue à Luxembourg, le 27 juin 1997, Doc. 8455/96. Vu que l'exigence d'indépendance n'a pas changé, les critères qui y sont exposés peuvent toujours être considérés comme applicables.

⁵⁶ Voy. la position du Parlement européen, qui parlait d'"indépendance politique et économique" et qui souhaitait que "tout organe exerçant une fonction régulatrice soit en mesure d'agir librement sans avoir à solliciter l'autorisation de tout autre organe ou agence..." (Parlement européen, amendements adoptés en première lecture, A5-0053/2001, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et les services de communications électroniques (COM(2000) 393 - C5-0428/2000 - 2000/0184(COD)), 1^{er} mars 2001, *J.O.C.E.*, 1.10.2001, C 277/91, amendement 22). Voy. W. H. MELODY, "Telecom reform: progress and prospects", *Telecommunications Policy* 23, 1999, 17.

⁵⁷ Article 5.1 de la directive "cadre". Voy. aussi les articles 10.1 et 11 ainsi qu'annexe, pt. A 10 de la directive "autorisation" (informations permettant de vérifier le respect des conditions des autorisations générales ou des droits d'utilisation ainsi que celui de certaines obligations imposées aux entreprises en matière d'accès et d'interconnexion, de services de détail et de service universel). Des informations précieuses ressortiront aussi des notifications, décrivant notamment l'activité projetée, que les Etats membres peuvent imposer aux entreprises en vertu de l'article 5.2 et 3 de la directive "autorisation".

ayant des incidences importantes sur le marché pertinent⁵⁸, et rendre public les résultats de ces consultations tout en respectant, le cas échéant, la confidentialité⁵⁹.

Ensuite, de nombreuses coopérations tant au niveau national⁶⁰ qu'eupéen sont prévues. Si un Etat membre compte plusieurs ARN, celles-ci doivent coopérer entre elles sur les sujets d'intérêt commun. En outre, l'ARN doit coopérer avec les autorités nationales de concurrence et celles de protection des consommateurs. Comme le nouveau cadre utilise abondamment les méthodologies du droit de la concurrence, un renforcement notable des relations entre les autorités sectorielles et celles de concurrence est prévu, tant dans l'appréciation des problèmes que dans l'échange des informations - confidentielles ou non - qu'elles reçoivent des acteurs du marché⁶¹. A défaut, les entreprises risquent de se livrer à un "forum shopping" entre autorités, de multiplier les procédures, au détriment des consommateurs, de l'industrie et des institutions. Quant à la coopération entre ARN de différents Etats membres, une Autorité Réglementaire Européenne n'avait pas été considérée comme offrant une valeur ajoutée suffisante⁶² et n'a donc pas été instituée par le nouveau cadre réglementaire. Par contre, des régimes particuliers de coopération transfrontière entre ARN ont été prévus⁶³. De plus, la directive "cadre"⁶⁴ prévoit que les ARN coopèrent, en vue de contribuer au développement du marché intérieur, afin de veiller à l'application cohérente du nouveau cadre réglementaire dans les différents Etats membres.

- **Recours**

Enfin, dans le respect du principe d'Etat de droit et comme un des contrepoids à la marge de manœuvre et à l'indépendance donnée aux ARN, l'article 4 de la directive "cadre" prévoit une possibilité de recours efficace contre les décisions des ARN devant un organisme indépendant des parties intéressées⁶⁵. Si l'organisme de recours mis en place par un Etat membre n'est pas de nature juridictionnelle, il est néanmoins soumis à une exigence de motivation et sa décision peut à son tour être réexaminée par une juridiction au sens de l'article 234 du Traité CE. Ce recours est ouvert à toute personne affectée par une décision de l'ARN et peut viser toutes les décisions de l'autorité, en ce compris celles en matière de résolution de litiges. Enfin, il est

⁵⁸ Article 6 de la directive "cadre". En outre, des consultations des parties intéressées sont prévues plus spécifiquement par l'article 12.2 de la directive "cadre" (imposition du partage de ressources ou de biens fonciers) et par les articles 6.2 (imposition d'obligations en matière de postes téléphoniques payants publics), 11.4 (établissement d'objectifs de performance pour les prestataires du service universel) et 33.1 (questions liées aux droits des utilisateurs finals et des consommateurs) de la directive "service universel". Les lignes directrices "analyse du marché" (par. 144 et 145) précisent les éléments que la consultation doit comprendre si le projet de mesure en question concerne une décision relative à la désignation ou à la non-désignation d'entreprises puissantes sur le marché.

⁵⁹ On verra quel contenu la pratique donnera au concept très large et non défini d'"incidences importantes sur le marché", qui *a priori* semble concerner la plupart des décisions des ARN.

⁶⁰ Article 3.4 de la directive "cadre".

⁶¹ Ainsi l'article 16.1 de la directive "cadre" prévoit que l'analyse de marché effectuée par les ARN se fait en collaboration avec les autorités de concurrence, et l'article 5.3 dispose que les deux autorités se communiquent toutes les informations nécessaires, y compris confidentielles, à l'application de nouveau cadre réglementaire.

⁶² Voy. communication "réexamen 1999", 10-12. Voy également EUROSTRATEGIES, CULLEN INTERNATIONAL, *Final report on the possible added value of European Regulatory Authority for telecommunications*, 1999.

⁶³ Voy. articles 16.5 (analyse de marchés transnationaux) de la directive "cadre" ainsi qu'articles 21 de la directive "cadre" et 34.3 de la directive "service universel" (litiges transfrontaliers).

⁶⁴ Articles 7.2 et 8.3 de la directive "cadre".

⁶⁵ Voy. également l'article 11.3 de la directive "cadre" (recours contre des décisions sur l'octroi de droits de mise en place de ressources) et l'article 10.7 de la directive "autorisation" (recours contre des décisions en matière de non respect des conditions de l'autorisation générale, des droits d'utilisation ou de certaines obligations spécifiques).

prévu que le recours ne porte pas seulement sur la forme mais également sur le fond de l'affaire, et qu'il n'est pas suspensif, sauf décision contraire de l'organisme de recours.

3.2 Au-delà de la perspective nationale: la consolidation du marché intérieur

- ***Groupe des Régulateurs Européens (GRE)***

Afin de renforcer la coordination des ARN de chaque Etat membre, un groupe européen des régulateurs a été institué par la Commission dans sa décision "GRE". Il est composé des représentants de la Commission et de ceux des ARN concernées, terme qui doit s'entendre comme l'autorité publique établie pour superviser l'interprétation et la mise en œuvre journalière des dispositions des nouvelles directives. En principe, il ne s'agit pas de ministères, mais au-delà de cette précision, il revient aux Etats membres de désigner la ou les ARN concerné(es) en vertu des règles nationales de répartition des compétences. La présidence du groupe est exercée par un des membres élu par ses pairs et le secrétariat est assuré par la Commission⁶⁶.

Le Groupe permet une collaboration entre la Commission et les ARN, et des ARN entre elles, de manière à contribuer au développement du marché intérieur et à l'application uniforme du nouveau cadre réglementaire. Par exemple, au sein du groupe, les ARN peuvent s'échanger des informations et les meilleures pratiques, développer des solutions communes appropriées pour traiter des types particuliers de situations de marchés ou encore conseiller la Commission dans sa mission de consolidation du marché intérieur⁶⁷.

Dans un souci d'ouverture et de transparence, le groupe doit consulter de manière détaillée les parties intéressées et présenter un rapport annuel de ses activités à la Commission⁶⁸. Cette dernière transmet le rapport au Parlement européen et au Conseil.

- ***Commission européenne***

Comme en toute matière, la Commission participe à l'intégration du marché unique et au respect du droit européen. Ainsi, elle contribue à l'interprétation et l'application cohérente du nouveau paquet réglementaire en adoptant des communications, lignes directrices, ou recommandations qui visent à mettre en œuvre de manière souple mais harmonisée le nouveau cadre réglementaire. L'article 19.1 de la directive "cadre" lui confère par exemple spécifiquement le pouvoir d'adresser des recommandations d'harmonisation aux Etats membres. En outre, elle peut toujours engager des procédures d'infraction sur la base de l'article 226 CE lorsqu'un Etat membre ou une de ses ARN n'a pas respecté une disposition des nouvelles directives.

- ***Comité des Communications (COCOM)***

Sur base de l'article 22 de la directive "cadre", un comité des communications⁶⁹ a été établi, qui fonctionnera conformément à la décision "comitologie"⁷⁰. Il est composé des

⁶⁶ Articles 2, 4, et 5 de la décision "GRE".

⁶⁷ Article 3 de la décision "GRE", 7.2 de la directive "cadre" et paragraphes 138 et 142-143 des lignes directrices "analyse du marché".

⁶⁸ Articles 6 et 8 de la décision "GRE".

⁶⁹ Voy. aussi les articles 14 de la directive "accès" et 37 de la directive "service universel". Ce comité remplace les Comités "ONP" et "Licences" existants actuellement sous le "cadre réglementaire de 1998".

⁷⁰ Décision 1999/468/CE du Conseil du 28 juin 1999 fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission, *J.O.C.E.*, 17.7.1999, L 184/23.

représentants des Etats membres (en principe donc les ministères, mais il est loisible aux Etats membres de se faire représenter par l'ARN) et présidé par un représentant de la Commission.

Le COCOM assiste la Commission dans l'exercice de ses compétences d'exécution. Il travaille selon la procédure de réglementation⁷¹ lorsqu'il s'agit de mettre en application les éléments essentiels d'un acte de base ou lorsque certains éléments d'un acte peuvent être adaptés ou mis à jour par une procédure d'exécution⁷². Dans les autres cas⁷³, il travaille selon la procédure consultative⁷⁴. Dans les deux cas, le Parlement européen est tenu informé des travaux du COCOM et peut indiquer par résolution motivée s'il estime qu'un projet de mesures excéderait les compétences d'exécution⁷⁵. De manière générale, le comité assiste la Commission lorsqu'elle adresse des recommandations aux Etats membres relatives à l'harmonisation de la mise en œuvre des nouvelles directives⁷⁶.

- ***Mécanisme spécifique de consolidation du marché intérieur des communications électroniques: l'article 7 de la directive "cadre"***

L'article 7 de la directive "cadre" prévoit un mécanisme original de coordination renforcée entre autorités nationales et un droit de veto de la Commission qui assure l'application harmonisée de la réglementation sectorielle des communications électroniques de même que l'intégrité du droit de la concurrence⁷⁷.

Ainsi, excepté en cas d'urgence, une ARN doit soumettre pour observations⁷⁸ aux ARN des autres Etats membres et à la Commission tout projet de mesure qui d'une part concerne les obligations (notamment en matière d'accès ou de contrôle des prix) qu'une ARN entendrait imposer aux entreprises puissantes ou non⁷⁹, et d'autre part aurait des incidences sur les échanges entre Etats membres. Cette deuxième condition doit être interprétée largement

⁷¹ Article 5 de la décision "comitologie". Selon cette procédure, si la mesure envisagée par la Commission ne reçoit pas un avis positif du comité (ou en l'absence d'avis de ce dernier), le Conseil peut la bloquer.

⁷² Voy. directive "cadre": articles 10.4 et 19.2 (harmonisation des ressources de numérotation pour favoriser les services paneuropéens), 15.4 (décision sur les marchés transnationaux qui peuvent justifier l'imposition d'obligations *ex-ante*), 17.4 et 17.6 (imposition ou retrait de normes et/ou spécifications obligatoires); directive "accès": articles 6.2 (modification de l'annexe I relative à l'accès aux ressources associées), 9.5 (modification de l'annexe II relative aux spécifications minimales de l'offre de référence pour l'accès dégroupé à la boucle locale); directive "service universel": articles 18.3 (modification de l'ensemble minimal de lignes louées qui doit être disponible à travers la Communauté), 35 (modifications des annexes I, II, III, VI et VII pour tenir compte de l'évolution des technologies et marchés).

⁷³ Voy. directive "cadre": articles 7.4 (veto de la Commission sur certaines décisions des ARN), 17.1 et 17.5 (normes et/ou spécifications à encourager), 19.1 (mesures d'harmonisation); directive "accès": article 8.3 (imposition aux entreprises puissantes d'obligations en matière d'accès autres que celles prévues dans la directive "accès").

⁷⁴ Article 3 de la décision "comitologie". Selon cette procédure, le Comité donne un avis dont la Commission doit tenir le plus grand compte, sans que le Conseil puisse intervenir.

⁷⁵ Articles 7.3 et 8 de la décision "comitologie".

⁷⁶ Article 19.1 de la directive "cadre". Le COCOM intervient selon la procédure de réglementation quand la Commission entend prendre des mesures techniques d'application pour assurer l'harmonisation des ressources de numérotation quand cette harmonisation serait nécessaire pour favoriser le développement de services paneuropéen (article 19.2 de la directive "cadre").

⁷⁷ Comme la réglementation sectorielle spécifique utilise les méthodologies du droit de la concurrence, l'unité de ce dernier risque d'être affecté par des interprétations nationales divergentes de la réglementation sectorielle spécifique.

⁷⁸ Par analogie, voy. sur l'inapplicabilité d'une règle technique non notifiée à la Commission alors qu'elle aurait dû l'être: *C.J.C.E.*, 30 avril 1996, *CIA Security International*, C-194/94, Rec. I-2201, par. 45-55 ainsi que *C.J.C.E.*, 6 juin 2002, *Sapod Audic*, C-159/00, non encore publié au Recueil, par. 47-53.

⁷⁹ Mesures visées par les articles 15 et 16 de la directive "cadre", 5, 6 et 8 de la directive "accès" et 16 de la directive "service universel". Voy. également la note 124 des lignes directrices "analyse du marché".

puisque'elle vise toutes les mesures pouvant avoir un effet, direct ou indirect, réel ou potentiel sur le schéma des échanges entre les Etats membres⁸⁰.

Dans un délai d'un mois en principe, la Commission et les autres ARN peuvent communiquer leurs observations, dont l'autorité doit tenir le plus grand compte avant d'adopter la mesure définitive. En outre, lorsque le projet de mesure vise la définition d'un marché non repris par la recommandation "marchés pertinents" ou la désignation (ou non) d'une entreprise comme puissante sur le marché et que la Commission a de graves doutes quant à sa compatibilité avec le droit communautaire, en particulier avec les objectifs énoncés à l'article 8 de la directive "cadre" et donc avec le développement du marché unique, la mesure ne peut être adoptée pendant un délai supplémentaire de deux mois.

Durant ce délai, la Commission se livre à un examen plus approfondi de la mesure, au terme duquel elle peut, assistée par le COCOM agissant selon la procédure consultative, s'opposer à l'adoption de la mesure et proposer des modifications appropriées⁸¹. On le voit, la Commission dispose d'un véritable droit de veto contre certaines des décisions les plus importantes des ARN. Durant les négociations des directives, ce pouvoir a fait l'objet de vives discussions entre d'une part le Parlement et la Commission, soutenus par une grande majorité de l'industrie, qui souhaitait un droit de veto plus étendu, et d'autre part le Conseil qui s'opposait à tout veto. Le résultat final semble être un compromis raisonnable, même s'il aurait été préférable que la Commission dispose également d'un droit de veto sur le choix des obligations que les ARN peuvent imposer.

⁸⁰ Considérant 38 de la directive "cadre". Voy. également la jurisprudence qui s'est développée à ce sujet en droit de la concurrence: *C.J.C.E.*, 30 juin 1966, 56-65, *Société Technique Minière*, Rec. 337, (spécialement 359); *C.J.C.E.*, 6 mars 1974, 6/73 et 7/73, *Commercial Solvents*, Rec. 223, par. 30-35, 48.

⁸¹ Sur le lien entre droit de veto et l'article 226 CE, voy. considérant 15 de la directive "cadre" et *C.J.C.E.*, 24 janvier 1995, C-359/93, *Commission c. Pays-Bas*, Rec. I-57, par.13. En ce qui concerne le risque d'une surcharge de travail pour la Commission européenne, notons qu'elle dispose d'une certaine marge d'appréciation pour définir des priorités dans son intervention. Notons également qu'un droit de veto similaire de la Commission contre les décisions d'autorités nationales a été prévu en matière de contrôle prudentiel : Article 22.7 de la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mars 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, *J.O.C.E.*, 26.5.2000, L 126/1.

4 L'ENTREE SUR LE MARCHÉ

Cette quatrième section traite des conditions d'entrée sur le marché et de l'accès à certaines ressources qui y sont liées. Ainsi, elle étudie les objectifs et principes de la directive "autorisation" ainsi que les dispositions de la directive "cadre" relatives aux radiofréquences, aux numéros, et au droit de passage. Comme nous le verrons, le nouveau régime vise à faciliter autant que possible l'entrée sur le marché et à assurer que tous les opérateurs soient sur un pied d'égalité pour l'accès aux ressources indispensables à cette entrée.

4.1 Objectifs du nouveau régime

Pour rencontrer les objectifs du nouveau cadre réglementaire, la Commission s'est trouvée devant plusieurs options. Soit opter pour un régime de reconnaissance mutuelle: les autorisations délivrées par un Etat membre sont automatiquement valables à travers l'Union. Soit opter pour une licence européenne unique délivrée par un organisme supranational. Soit simplifier de manière drastique les régimes nationaux existants et prendre comme modèles les régimes les plus légers. La Commission a considéré que les deux premières possibilités n'étaient pas envisageables ou, du moins, prématurées vu la fragmentation élevée de la réglementation entre les Etats membres et s'est dès lors tournée vers un régime de simplification et d'harmonisation accrues.

L'objectif principal de la directive "autorisation" réside donc dans la création d'un cadre juridique qui garantit la liberté de fournir des réseaux et services de communications électroniques dans chacun des Etats membres déjà prévue par l'article 2 de la directive "libéralisation". Cette liberté ne peut être remise en cause que dans les conditions prévues dans la directive ou par les restrictions découlant de l'article 46.1 du Traité CE (notamment maintien de l'ordre public, la sécurité publique et la santé publique)⁸². Une des caractéristiques principales du nouveau régime est de distinguer clairement la problématique de l'accès au marché, via une autorisation générale et éventuellement des droits individuels d'utilisation des fréquences et numéros, de celle de l'octroi de droits ou d'obligations dans le cadre de l'exercice même de son activité. L'octroi de tels droits et obligations n'est plus soumis à une habilitation de type licence individuelle.

4.2 Champ d'application du nouveau régime

Le nouveau régime couvre les autorisations de tous les réseaux et services de communications électroniques, et d'eux seuls, qu'ils soient ou non offerts au public⁸³.

En revanche, la fourniture de contenus, comme la commercialisation d'une offre de contenus radio ou télédiffusés, n'est en principe pas couverte, comme nous l'avons vu ci-dessus. Si une même entreprise offre à la fois un service ou un réseau de communications électroniques et des services de contenus, ces deux activités sont soumises à des régimes d'autorisation différents et l'autorisation relative au service ou au réseau de communications électroniques

⁸² Article 3.1 de la directive "autorisation".

⁸³ Tous les fournisseurs concernés bénéficient de conditions et de droits objectifs, transparents, non discriminatoires et proportionnés, même si la directive suggère d'imposer aux réseaux et services non fournis au public des conditions moins nombreuses et moins strictes, voy. les considérants 4 et 16 de la directive "autorisation".

doit être distinguée de celle éventuellement imposée au titre de l'activité de fournisseur ou de distributeur de contenus⁸⁴.

Par ailleurs, la directive ne s'applique à l'octroi de droits de fréquences que lorsque cette utilisation implique la fourniture d'un réseau ou d'un service de communications électroniques, en principe contre rémunération. Partant, l'utilisation privée d'un équipement terminal de radio, fondée sur l'utilisation non exclusive de radiofréquences spécifiques et non liée à une activité économique, comme l'utilisation d'une bande publique par des radioamateurs, n'est pas couverte par la directive "autorisation" mais par la directive "terminaux"⁸⁵. Sont aussi exclus du champ d'application les systèmes et services d'accès conditionnel dont la libre circulation et fourniture est couverte par une directive spécifique⁸⁶.

4.3 L'autorisation générale

- *La prééminence de l'autorisation générale*

L'article 3 de la directive "autorisation" soumet tous les services et réseaux de communications électroniques à une autorisation générale, et à elle seule, et ne permet, en sus, l'octroi de droits individuels d'utilisation que pour certaines attributions de radiofréquences et de numéros ou il est entendu que cet octroi ne conditionne pas la mise en œuvre même de réseaux et de services, mais seulement l'utilisation de fréquences ou de numéros à cette fin. Le principe d'une priorité à accorder aux autorisations générales se voit renforcé par rapport au cadre réglementaire de 1998 et le régime dichotomique 'autorisation générale *versus* licence individuelle' se voit remplacé par le régime de principe d'une autorisation générale comme pré-requis absolu. Les hypothèses justifiant, outre de l'autorisation générale, l'octroi de droits individuels d'utilisation et les conditions qui peuvent y être attachées sont clairement identifiées, ce qui limite la marge de discrétion laissée aux Etats membres.

L'article 2 de la directive définit l'autorisation générale comme *"un cadre juridique mis en place par l'Etat membre, qui garantit le droit de fournir des réseaux ou des services de communications électroniques et qui fixe les obligations propres au secteur pouvant s'appliquer à tous les types de réseaux et de services de communications électroniques ou à certains d'entre eux"*. L'existence de l'autorisation et la reconnaissance des droits et obligations y afférents relèvent dès lors uniquement de la législation au sens large, sans exiger de décision expresse ou d'acte administratif de la part de l'ARN.

Toutefois, deux types d'actes plus explicites sont possibles. D'une part, l'article 3 de la directive dispose que les Etats membres peuvent prévoir un système de notification, qui se limite à une déclaration du candidat établie à l'attention de l'ARN l'informant de son intention de commencer à fournir des réseaux ou des services de communications électroniques, essentiellement dans le but de maintenir un registre des prestataires⁸⁷. Elle ne peut requérir qu'un nombre très limité d'information et en aucun cas être considérée comme une condition préalable à l'entrée sur le marché, mais le cas échéant, le non-respect d'une obligation de notifier ou une notification incomplète peuvent être sanctionnés ultérieurement selon les

⁸⁴ Considérant 20 de la directive "autorisation".

⁸⁵ Considérant 5 de la directive "autorisation".

⁸⁶ Directive 98/84/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 novembre 1998 concernant la protection juridique des services à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel, *J.O.C.E.*, 28.11.1998, L 320/54.

⁸⁷ Le considérant 8 de la directive "autorisation" précise que les Etats membres peuvent aussi exiger que la preuve de cette notification soit fournie par un accusé de réception ou récépissé postal ou électronique légalement reconnu. Cette preuve ne devrait en aucun cas nécessiter un acte administratif de l'ARN à laquelle la notification doit être faite.

procédures de contrôle des autorisations générales prévues à l'article 10. Par ailleurs, bien que le régime de l'autorisation générale reconnaisse automatiquement une série de droits, son titulaire peut avoir besoin de se les voir confirmer, notamment en matière d'interconnexion ou de droits de passage, en vue de faciliter les négociations avec les autorités ou les fournisseurs. Ainsi, l'article 9 de la directive prévoit que ces déclarations peuvent être publiées par les ARN soit sur demande de l'entreprise concernée ou de manière systématique, en réponse à une notification. Mais l'existence des droits qui découlent de l'autorisation générale n'est en aucun cas subordonnée aux procédures de notification et de déclaration.

- ***Les droits***

Selon l'article 4 de la directive, le titulaire de l'autorisation générale dispose de plusieurs droits: fournir des réseaux (ce qui inclut leur mise en place) et services de communications électroniques, obtenir un examen des demandes de droits de passage par les autorités compétentes, négocier l'interconnexion avec d'autres fournisseurs et, s'il y a lieu, obtenir l'accès à leurs réseaux conformément à la directive "accès", et possibilité d'être désigné comme prestataire des obligations de service universel.

Pour faciliter l'octroi de droits de passage sur les propriétés publiques et privées, étape indispensable à l'entrée sur le marché, l'article 11 de la directive "cadre" assure que les autorités compétentes agissent sur base de procédures transparentes, non discriminatoires et rapides. Par ailleurs, il dispose que lorsque ces autorités détiennent le contrôle d'opérateurs, une séparation structurelle doit être mise en place pour assurer l'impartialité des décisions. Enfin, des mécanismes de recours efficaces doivent exister contre les décisions relatives au droit de passage⁸⁸.

- ***Les obligations***

En contrepartie de ces droits, les titulaires doivent respecter de certaines obligations. Comme le précise l'article 6 de la directive "autorisation", la partie A de son annexe liste de façon exhaustive les conditions pouvant être éventuellement imposées aux fournisseurs au titre de l'autorisation générale. Parmi cette liste, les Etats membres choisissent les conditions qu'ils jugent appropriées et qui s'imposeront de manière non-discriminatoire, proportionnée et transparente. Toutefois, l'autorisation générale n'inclut pas les obligations qui relèvent des dispositions d'autres directives du nouveau cadre réglementaire, (notamment les obligations liées à la puissance de marché ou autres obligations en matière d'accès, de service universel ou de droits de passage), ni celles qui ne sont pas spécifiques au secteur des communications électroniques et s'appliquent en vertu d'une autre législation nationale.

En outre, l'article 12 de la directive prévoit que des taxes administratives peuvent être imposées aux opérateurs, pour autant qu'elles se limitent à couvrir les coûts administratifs globaux⁸⁹ qui sont occasionnés par la gestion, le contrôle et l'application du régime d'autorisation générale, des droits d'utilisation et des obligations imposées aux opérateurs. Ces

⁸⁸ La directive ne porte atteinte ni aux dispositions nationales régissant l'expropriation ou l'utilisation de biens fonciers, l'exercice normal des droits de propriété et l'utilisation normale du domaine public, ni au principe de neutralité en ce qui concerne le régime de la propriété dans les Etats membres: considérant 22 de la directive "cadre".

⁸⁹ L'article 12 de la directive "autorisation" précise que ces coûts peuvent être assez divers et inclure les "frais de coopération, d'harmonisation et de normalisation internationales, d'analyse de marché, de contrôle de la conformité et d'autres contrôles du marché, ainsi que les frais afférents aux travaux de réglementation impliquant l'élaboration et l'application de législations dérivées et de décisions administratives, telles que des décisions sur l'accès et l'interconnexion".

taxes administratives doivent en outre être réparties entre les entreprises concernées d'une manière objective, transparente et proportionnée qui minimise les coûts administratifs supplémentaires⁹⁰. Les ARN publient tous les ans un bilan des coûts et des redevances et un mécanisme de réajustement doit être prévu afin d'adapter le montant des redevances annuelles quand un surplus est constaté au terme de l'année précédente. Enfin, l'article 13 prévoit que des redevances objectivement justifiées, transparentes, non discriminatoires et proportionnées peuvent être prélevées pour l'octroi de droits de passage, afin de garantir une exploitation optimale des ressources.

4.4 Les droits d'utilisation de fréquences et numéros

- ***L'octroi***

En sus de l'autorisation générale et des droits et obligations y afférents, les articles 5 et 7 de la directive "autorisation" permettent dans certains cas l'octroi de droits individuels pour l'utilisation de fréquences et de numéros. Les Etats membres peuvent uniquement prévoir la nécessité d'obtenir des droits individuels et, le cas échéant, en limiter le nombre, lorsque cela est nécessaire, notamment pour garantir un emploi efficace des ressources⁹¹. Ces droits doivent alors être alloués selon des critères objectifs, transparents et non discriminatoires⁹² et en suivant des procédures, notamment de sélection concurrentielles ou comparatives, dont le délai est limité par la directive.⁹³ En octroyant ces droits, les Etats membres doivent préciser s'ils pourront être transférés par leur titulaire, ce qui a l'avantage de garantir une allocation optimale des ressources.

Par ailleurs, en matière de radiofréquences, l'article 9 de la directive "cadre" rappelle que les Etats membres veillent à assurer une gestion efficace du spectre, à instaurer des procédures d'assignation et d'attribution transparentes et efficaces, et enfin à promouvoir une coordination au niveau européen, conformément à la décision "spectre radioélectrique". Ce même article permet aux Etats membres d'autoriser le transfert de droits d'utilisation de radiofréquences et stipule des conditions à cet égard. En matière de numéros, l'article 10 de la directive "cadre" confie la gestion du plan national de numération aux ARN, et assure qu'elles gèrent les numéros de façon efficace, non discriminatoire, et favorisant l'harmonisation.

- ***Les obligations***

Outre les obligations qui peuvent être imposées au titre de l'autorisation générale, d'autres obligations peuvent être attachées aux droits individuels d'utilisation des radiofréquences et des numéros. La liste exhaustive de ces conditions se trouve respectivement dans les parties B

⁹⁰ La fixation de ces taxes doit assurer qu'aucune distorsion de la concurrence ni barrière à l'entrée sur le marché n'est créée par ce mécanisme. Une clé de répartition liée au chiffre d'affaires peut, par exemple, être utilisée de manière équitable, simple et transparente comme critère de répartition des taxes, voy. le considérant 31 de la directive "autorisation".

⁹¹ L'article 5.1 de la directive "autorisation" prévoit que des droits d'utilisation peuvent être nécessaires par exemple parce que le risque de brouillage préjudiciable n'est pas négligeable. L'article 7.1 de la directive "autorisation" détaille les raisons qui peuvent justifier une limitation du nombre de droits d'utilisation des radiofréquences.

⁹² Sans préjudice des critères et procédures particuliers pour octroyer le droit d'utilisation des radiofréquences à des fournisseurs de contenu de radio ou de télédiffusion, en vue de réaliser des objectifs d'intérêt général conformément au droit communautaire, voy. l'article 5.2 de la directive "autorisation".

⁹³ En principe, trois semaines pour les numéros et six semaines pour les radiofréquences, qui peuvent être prolongées de trois semaines ou de 6 mois et demi respectivement, en cas de procédures de sélection concurrentielles ou comparatives.

et C de l'annexe, conditions qui peuvent être imposées en tout ou en partie⁹⁴. En outre, l'article 13 de la directive prévoit que des redevances peuvent être prélevées pour l'utilisation des radiofréquences afin de garantir une exploitation optimale des ressources. Les États membres doivent s'assurer que ces redevances sont objectivement justifiées, transparentes, non discriminatoires et proportionnées eu égard à l'usage auquel elles sont destinées et tiennent compte des objectifs définis notamment en matière de développement de services novateurs et de la concurrence tels que fixés à l'article 8 de la directive "cadre".

4.5 Le contrôle et la transparence

En vertu de l'article 10 de la directive "autorisation", les ARN doivent veiller au respect des conditions de l'autorisation générale et des droits d'utilisation en constatant les manquements, en imposant des sanctions financières et le cas échéant, en interdisant à une entreprise de continuer à fournir des services ou en suspendant ou retirant les droits d'utilisation. Elles peuvent même prendre des mesures provisoires en cas d'urgence. Pour assurer cette mission, les ARN peuvent forcer les opérateurs à leur communiquer toutes informations nécessaires, éventuellement sous peine de sanctions financières.

De manière plus générale, l'article 11 dispose que les ARN peuvent demander aux entreprises les informations qui sont raisonnablement nécessaires et objectivement justifiées pour vérifier le respect des obligations qui s'imposent aux opérateurs en cas de plainte ou enquête, pour mener les analyses de marchés en vue de déterminer les opérateurs puissants, ou en vue de publier à l'intention des consommateurs des informations sur l'état du marché. L'objectif est ainsi de limiter les informations demandées aux opérateurs, tout en permettant aux ARN de mener efficacement leurs missions.

Dans un souci de transparence, l'article 15 dispose que les États membres doivent rendre publiques et tenir à jour toutes les informations concernant les droits, les conditions, les procédures, les redevances et taxes applicables aux autorisations générales, aux droits d'utilisation des radiofréquences et des numéros et aux droits de passage.

Enfin, l'article 14 de la directive dispose que les États membres peuvent modifier les droits, les conditions, les procédures, les redevances et taxes applicables aux autorisations générales et aux droits d'utilisation lorsque des raisons objectives le justifient. De telles modifications doivent être notifiées en bonne et due forme et en temps utile à toutes les parties intéressées afin de leur permettre d'exprimer leur avis.

⁹⁴ Malheureusement, la directive ne prévoit aucune liste limitative des conditions qui peuvent être imposées lors de l'octroi de droits de passage, ce qui laisse une trop grande marge de manœuvre aux autorités locales.

5 L'ORGANISATION DE LA CONCURRENCE SUR LES MARCHES

Après avoir détaillé les mesures qui réglementent l'entrée des opérateurs sur les marchés, il faut analyser celles qui organisent leurs comportements sur ces mêmes marchés. Ces mesures visent à satisfaire les intérêts des citoyens de l'Union européenne. Le meilleur moyen de sauvegarder ces intérêts passe par l'existence d'un marché européen des communications électroniques intégré et concurrentiel, et partant les mesures réglementaires visent d'abord à assurer la concurrence effective et l'existence d'un marché unique avec des services interopérables. Toutefois, même un marché fonctionnant parfaitement ne garantit pas nécessairement tous les objectifs d'intérêt public que peut poursuivre un Etat membre, et dès lors les interventions réglementaires peuvent également viser à accompagner le marché pour la réalisation de ces objectifs d'intérêt public.

Dans cette cinquième section, nous nous concentrons sur la première catégorie de mesures⁹⁵, qui s'organise en deux types d'obligations: celles qui s'imposent à toutes les entreprises fournissant un réseau ou un service particulier, indépendamment du fait qu'elles aient été désignées comme ayant une Puissance Significative sur le Marché (PSM) et celles qui peuvent être imposées uniquement aux opérateurs puissants.

5.1 Obligations visant les opérateurs indépendamment de leur puissance sur le marché

Différentes obligations peuvent être imposées à certaines catégories d'opérateurs en vue d'instaurer une concurrence durable et de garantir l'interopérabilité de services de communications électroniques, conformément aux principes du marché intérieur. Ces obligations sont relatives à l'accès aux réseaux et aux ressources associées, au partage des infrastructures physiques, à la transparence comptable, et à l'harmonisation des normes techniques.

- *Accès aux réseaux de communications électroniques*

Les directives privilégient la libre négociation commerciale entre opérateurs pour obtenir l'accès aux réseaux de communications électroniques, mais prévoient certaines possibilités d'intervention des ARN.

L'article 2.(a) de la directive "accès" définit très largement l'accès puisqu'il signifie *"la mise à la disposition d'une autre entreprise (...) de ressources et/ou de services en vue de la fourniture de services de communications électroniques. Cela couvre notamment: l'accès à des éléments de réseaux et à des ressources associées et éventuellement la connexion des équipements par des moyens fixes ou non (cela inclut en particulier l'accès à la boucle locale ainsi qu'aux ressources et services nécessaires à la fourniture de services via la boucle locale); l'accès à l'infrastructure physique, y compris les bâtiments, gaines et pylônes; l'accès aux systèmes logiciels pertinents, avec notamment les systèmes d'assistance à l'exploitation; l'accès à la conversion du numéro d'appel ou à des systèmes offrant des fonctionnalités équivalentes; l'accès aux réseaux fixes et mobiles, notamment pour l'itinérance; l'accès aux systèmes d'accès conditionnel pour les services de télévision numérique; l'accès aux services de réseaux virtuels"*. L'accès comprend l'interconnexion, dont la définition⁹⁶ reste inchangée par rapport au cadre de 1998.

⁹⁵ La seconde catégorie de mesures sera traitée à la section 6.

⁹⁶ Article 2.(b) de la directive "accès": *"Liaison physique et logique des réseaux de communications publics utilisés par la même entreprise ou une entreprise différente, afin de permettre aux utilisateurs d'une entreprise*

L'article 3 de la directive "accès" impose d'abord la suppression de toute restriction étatique qui empêcherait les entreprises de négocier entre elles des accords d'accès. Toute mesure qui forcerait les opérateurs à offrir pour des services équivalents des modalités d'accès différentes selon les entreprises, et notamment selon leur niveau d'investissement en infrastructure, doit également être abolie. La directive vise à interdire les pratiques passées de certains Etats membres, qui imposaient un tarif d'interconnexion plus élevé pour les demandeurs ne disposant pas de réseau par rapport à ceux qui en détenaient un, pour favoriser la construction de nouvelles infrastructures⁹⁷.

L'article 4 dispose ensuite que tous les opérateurs de réseaux publics, indépendamment de leur puissance sur le marché, ont le droit et l'obligation de négocier une interconnexion réciproque de façon à garantir la fourniture de services et leur interopérabilité dans l'ensemble de la Communauté⁹⁸.

En outre, l'article 5.1.(a) prévoit que les ARN peuvent imposer des obligations d'accès et en particulier d'interconnexion à tous les opérateurs qui contrôlent l'accès aux utilisateurs finals indépendamment de leur puissance sur le marché, si cela s'avère nécessaire pour assurer une connectivité de bout en bout des services de communications électroniques. Dès lors, les ARN peuvent imposer tout type d'accès pour autant que deux conditions soient respectées: contrôle de l'accès aux utilisateurs finals et nécessité d'assurer une connectivité de bout en bout.

Enfin, l'article 8.3 de la directive prévoit que l'ARN peut imposer des obligations d'accès à tout opérateur, indépendamment de sa puissance sur le marché, pour se conformer aux engagements internationaux⁹⁹.

- **Accès aux ressources associées**

En ce qui concerne plus spécifiquement l'accès aux ressources associées¹⁰⁰, l'article 6 et l'annexe I de la directive "accès" visent à maintenir les dispositions de la directive "normes TV"¹⁰¹. Ils stipulent que tous les opérateurs qui contrôlent les systèmes d'accès conditionnel (CAS)¹⁰² dont les diffuseurs de services de télévision et de radio numériques dépendent pour

de communiquer avec les utilisateurs de la même entreprise ou d'une autre, ou bien d'accéder aux services fournis par une autre entreprise. Les services peuvent être fournis par les parties concernées ou par d'autres parties qui ont accès au réseau...".

⁹⁷ Considérant 7 directive "accès".

⁹⁸ De plus, la directive prévoit que les opérateurs doivent mettre en place des "chinese walls" de sorte que les informations qu'ils reçoivent dans le cadre de la négociation d'un accord d'accès ou d'interconnexion ne soient utilisées qu'aux fins prévues lors de leur fourniture et ne soient pas transmises à d'autres départements de l'entreprise qui pourraient les utiliser au détriment des concurrents.

⁹⁹ On vise principalement les engagements pris dans le cadre de l'OMC: décision 97/838/CE du Conseil du 28 novembre 1997 concernant la conclusion, au nom de la Communauté européenne, pour les matières relevant de sa compétence, des résultats des négociations de l'OMC sur les services de télécommunications de base, *J.O.C.E.*, 18.12.1997, L 347/45. Toutefois il est probable que la clause de sauvegarde prévue par l'article 8.3 de la directive "accès", qui ne fait que rappeler un principe de droit international, soit peu applicable car le critère d'imposition d'obligations dans le cadre de l'OMC -fournisseur principal- est fort proche du concept de puissance significative, et partant les obligations qui doivent être imposées pour respecter les engagements internationaux le sont déjà dans le cadre du régime PSM. En ce qui concerne l'OMC, voy. D.LUFF, "International Trade Law and Broadband Regulation : Towards Convergence ?", *Journal of Network Industries* 3, 2002, 239-271.

¹⁰⁰ Sur cette question, voy. l'étude réalisée pour les services de la Commission: OVUM, SQUIRE-SANDERS-DEMPSEY, *Study on the Development of Competition for Electronic Communications Access Networks and Services: The Regulation of Conditional Access Systems and related facilities*, 2001.

¹⁰¹ Directive 95/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à l'utilisation de normes pour la transmission de signaux de télévision, *J.O.C.E.*, 23.11.1995, L 281/51.

¹⁰² Voy. définition à l'article 2.(f) de la directive "cadre".

atteindre les consommateurs finals doivent accorder l'accès à leurs services dans des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires conformes au droit de la concurrence. En outre, la directive prévoit que les Etats membres peuvent limiter ces obligations d'accès aux opérateurs de CAS ayant une puissance significative sur le marché, et partant faire entrer le régime particulier des CAS dans le régime général de la PSM. Toutefois, les Etats membres ne peuvent le faire que si d'une part, cela ne porte pas atteinte à la concurrence sur les marchés de gros des systèmes d'accès conditionnel et des autres ressources associées et sur les marchés de détail des services de radio et télévision numérique, et d'autre part, cela ne préjudicie pas l'accès des utilisateurs finals aux programmes spécifiés dans le cadre du "must-carry" (voy. ci-dessous).

En outre, l'article 5.1(b) dispose que tous les opérateurs qui contrôlent l'accès aux interfaces de programmes d'application (API) ou aux guides électroniques de programme (EPG), doivent accorder l'accès à leurs services dans des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires, si cela s'avère nécessaire pour assurer l'accès des utilisateurs finals à des services de transmission de radio et de télévision numérique spécifiés par l'Etat membre¹⁰³. Le régime des API et EPG est donc moins interventionniste que celui des CAS puisqu'il ne prévoit une obligation générale d'accès que pour la diffusion de certains programmes spécifiés, et non pour la diffusion de tous les programmes existants. En outre, pour tenir compte de l'évolution technologique, le régime pourra être étendu à d'autres ressources associées par une procédure de comitologie de réglementation¹⁰⁴.

En conclusion, l'ARN ne peut imposer une obligation d'accès aux opérateurs indépendamment de leur puissance sur le marché que dans les cas limitativement prévus par les directives¹⁰⁵, principalement assurer la connectivité de bout en bout ou l'accessibilité de services de transmission radio et télévision numériques spécifiés. Dans toutes les autres hypothèses, l'ARN devra d'abord désigner l'opérateur comme ayant une PSM avant de lui imposer une obligation d'accès.

- ***Colocalisation et partage des ressources***

L'article 12 de la directive "cadre" prévoit que les autorités publiques doivent encourager, voire dans certaines hypothèses peuvent imposer, le partage de ressources placées sur, au-dessus ou en dessous de propriétés publiques ou privées (comme par exemple la colocalisation physique ou le partage de gaines, des bâtiments, des pylônes ou des antennes) dans le but d'une utilisation efficace et équitable des ressources.

- ***Transparence comptable***

En ce qui concerne la transparence comptable, l'article 13 de la directive "cadre" vise les entreprises qui fournissent des réseaux ou services de communications électroniques

¹⁰³ Cela vise principalement les programmes spécifiés dans le cadre du "must-carry".

¹⁰⁴ Article 6.2 de la directive "accès". Dans le futur, on pourrait envisager une extension du régime aux systèmes de gestion des droits d'auteur.

¹⁰⁵ Article 8.3 de la directive "accès". La rédaction assez large du premier alinéa de l'article 5.1 pourrait suggérer que les ARN ont un pouvoir général d'imposer des obligations d'accès sans aucune autre limitation que les objectifs généraux du cadre. Toutefois, cette lecture mettrait à la disposition de ces autorités une véritable "bombe atomique réglementaire", qui serait contraire à l'esprit dérogatoire et aux principes de proportionnalité des nouvelles directives. Dès lors, cette disposition nous semble devoir être lue comme une simple introduction aux pouvoirs des ARN énoncés aux articles 5.1(a) et 5.1(b) et non comme une base de compétence propre, en dépit de l'utilisation malheureuse du terme "en particulier" qui suggère que les pouvoirs tirés des articles 5.1(a) et 5.1(b) ne sont que deux illustrations d'un pouvoir plus général.

accessibles au public et qui jouissent également de droits spéciaux ou exclusifs¹⁰⁶ pour la fourniture d'autres services¹⁰⁷ dans le même Etat membre ou dans d'autres pays. Toutes ces entreprises, à moins qu'elles n'aient un chiffre d'affaire limité¹⁰⁸, doivent mettre en place une séparation structurelle ou tenir une comptabilité séparée pour les activités liées à la fourniture de réseaux et services de communications électroniques. Cette disposition vise à vérifier l'absence de toute subsidiation croisée des activités bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs (et partant non soumis aux forces de la concurrence) vers celles des communications électroniques. Elle vise ainsi à éviter qu'une entreprise n'utilise les bénéfices qu'elle tire des droits spéciaux ou exclusifs pour se créer un avantage concurrentiel sur le marché des communications électroniques, ce qui serait contraire au droit de la concurrence¹⁰⁹.

- **Harmonisation des normes techniques**

En ce qui concerne l'harmonisation des normes techniques qui permet d'assurer l'interopérabilité des services au sein du marché intérieur et d'améliorer la liberté de choix des utilisateurs, les directives favorisent une approche consensuelle de l'industrie puisque les Etats membres et la Commission doivent seulement encourager l'utilisation de normes harmonisées, et ne peuvent les imposer qu'en cas d'extrême nécessité.

Ainsi, l'article 17 de la directive "cadre" dispose que les Etats membres encouragent la mise en œuvre des normes et/ou spécifications adoptées par les organismes européens de normalisation (CEN, Cenelec, et ETSI¹¹⁰) ou, à défaut, par d'autres organismes internationaux (UIT, ISO, CEI¹¹¹), et la Commission peut, en associant le COCOM suivant la procédure de comitologie consultative, demander que des normes soient élaborées par les organismes européens de normalisation. Suivant cette même procédure, la Commission publie au Journal Officiel une liste de normes dont tous les Etats membres doivent encourager l'utilisation. Si les normes de la liste n'ont pas été correctement mises en œuvre et, que de ce fait, l'interopérabilité des services n'est pas assurée, la Commission peut alors les rendre obligatoires, après consultation publique et en suivant la procédure de la comitologie de réglementation.

¹⁰⁶ Le droit exclusif vise l'hypothèse où un Etat réserve à une seule entreprise l'exploitation d'une activité sur un territoire donné. Le droit spécial vise celle où l'Etat réserve la fourniture d'un service à plusieurs entreprises ou confère à certaines entreprises des avantages qui augmentent substantiellement leur capacité concurrentielle selon des critères qui ne sont pas objectifs, proportionnels et non discriminatoires: article 1^{er} de la directive "libéralisation". Voy. également l'article 2 de la directive 80/723/CEE de la Commission du 25 juin 1980 relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques, *J.O.C.E.*, 29.7.1980, L 195/35, modifiée en dernier lieu par la directive 2000/52/CE du 26 juillet 2000, *J.O.C.E.*, 29.7.2000, 193/75; J.L. BUENDIA SIERRA, *Exclusive Rights and State Monopoly under EC Law*, O.U.P., 1999.

¹⁰⁷ Par exemple, les entreprises qui jouissent de droits spéciaux ou exclusifs en matière de services de radiodiffusion ou de réseaux électriques.

¹⁰⁸ Chiffre d'affaires annuel pour les activités liées à la fourniture de réseaux et services de communications électroniques dans les Etats membres où elles bénéficient de droits spéciaux et exclusifs inférieur à 50 millions d'euros.

¹⁰⁹ Lignes directrices concernant l'application des règles de concurrence de la Communauté au secteur des télécommunications, *J.O.C.E.*, 6.9.1991, C 233/2, par. 104. Des dispositions semblables avaient été prévues dans la décision de la Commission du 17 juillet 1996, *Atlas*, *J.O.C.E.*, 19.9.1996, L 239/23, par. 29 et dans la décision du 29 octobre 1997, *Unisource*, *J.O.C.E.*, 20.11.97, L 318/1, par. 60-63. Voy. également la décision de la Commission du 20 mars 2001, *Deutsche Post*, *J.O.C.E.*, 5.5.2001, L 125/27.

¹¹⁰ Comité Européen de Normalisation, Comité européen de normalisation électrotechnique, European Telecommunication Standards Institute.

¹¹¹ Union Internationale des Télécommunications, International Standardisation Organisation, Commission Eléctrotechnique Internationale.

En particulier, pour assurer l'interopérabilité des services de télévision numérique, et partant la libre circulation de l'information, le pluralisme des médias et la diversité culturelle, l'article 18 de la directive "cadre" prévoit que les Etats membres encouragent l'utilisation d'une interface de programme d'application (API)¹¹² ouverte¹¹³. En outre, en juillet 2004, la Commission devra évaluer s'il y a lieu d'imposer une API particulière.

5.2 Obligations visant les entreprises ayant une "puissance significative sur le marché"

• Principes et démarche générale

Selon le nouveau cadre, l'imposition d'obligations aux opérateurs puissants se déroule en plusieurs étapes successives¹¹⁴.

Dans une première étape, la Commission adopte une recommandation "marchés pertinents", qui recense les marchés de produits et de services dont les caractéristiques peuvent justifier l'imposition d'obligations réglementaires¹¹⁵. L'objectif de la recommandation est double: d'une part, sélectionner les marchés du secteur des communications électroniques qui peuvent faire l'objet d'une réglementation *ex ante*, et d'autre part délimiter les frontières de ces marchés de produits et de services en suivant les principes du droit de la concurrence. Ensuite, en tenant le plus grand compte de cette recommandation et des lignes directrices "analyse de marché", l'ARN définit les marchés pertinents correspondant aux circonstances nationales, en particulier les marchés géographiques sur son territoire, conformément aux méthodologies du droit de la concurrence.

Dans une deuxième étape, l'ARN analyse les marchés ainsi définis, pour déterminer si la concurrence y est effective. Cette analyse consiste à repérer si un ou plusieurs opérateurs disposent d'une puissance significative sur le marché, ce qui à son tour revient à déterminer, si un ou plusieurs opérateurs disposent d'une position dominante (simple ou collective) au sens du droit de la concurrence ou bénéficient d'un effet de levier.

Dans une troisième étape, si le marché n'est pas en concurrence effective, l'ARN impose aux entreprises puissantes les obligations appropriées. Si, au contraire, le marché est en concurrence effective, c'est-à-dire si aucun opérateur n'y est dominant ou ne bénéficie d'un effet de levier, l'ARN doit supprimer toutes les obligations *ex ante* qui s'appliqueraient et ne peut en imposer de nouvelles.

Tout ce processus sera répété périodiquement pour assurer l'adaptation des obligations imposées à l'évolution du marché. On le voit, le nouveau cadre enchaîne plusieurs étapes complexes, intégrant les principes du droit de la concurrence, que nous allons développer¹¹⁶.

¹¹² Voy. la définition à l'article 2.(p) de la directive "cadre".

¹¹³ Par exemple, l'interface MHP - "Multi Home Platform", développée dans le cadre du groupe sur la radiodiffusion télévisuelle numérique (groupe DVB).

¹¹⁴ Articles 7, et 14 à 16 de la directive "cadre". A.DE STREEL et R. QUECK, "La 'puissance significative' nouvelle est arrivée! L'évolution de la réglementation asymétrique dans le secteur des communications électroniques", *Revue Ubiquité-Droit des technologies de l'information* 13, 2002.

¹¹⁵ Si des marchés trans-nationaux, c'est-à-dire qui couvrent la Communauté ou une partie importante de celle-ci, peuvent justifier une réglementation *ex ante*, ils sont identifiés dans une décision de la Commission qui en définit les dimensions produit et géographique. Les ARN concernées effectuent alors conjointement l'analyse de marché et se prononcent de manière concertée sur l'imposition, le maintien, la modification ou la suppression des obligations *ex ante* (article 15.4 de la directive "cadre").

¹¹⁶ Pour une bonne introduction au droit de la concurrence européen, nous conseillons: S. BISHOP, M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law*, Sweet & Maxwell, 1999; J. FAULL, A. NIKPAY (Ed.), *The EC Law of*

- **Première étape: définition des marchés susceptibles d'une réglementation ex ante**¹¹⁷

Dans le secteur des communications électroniques, un grand nombre de marchés peuvent être définis, et plusieurs d'entre eux peuvent présenter des problèmes de concurrence. Toutefois, seul un sous-ensemble de ces derniers est identifié en vue d'une analyse par les ARN. Ainsi, l'article 15.1 de la directive "cadre" prévoit que seuls les marchés dont les caractéristiques peuvent justifier l'imposition d'obligations *ex ante* doivent être identifiés par la Commission dans sa recommandation "marchés pertinents". Comme le précise le considérant 27 de la directive "cadre", ces caractéristiques sont liées à l'efficacité relative du droit de la concurrence par rapport à la réglementation sectorielle puisque *"il est essentiel que les obligations réglementaires ex ante ne soient imposées que (...) lorsque les recours fondés sur le droit national ou le droit communautaire de la concurrence ne suffisent pas à résoudre le problème"*¹¹⁸. Dès lors, tous les marchés que la Commission identifie dans sa recommandation doivent remplir ce critère. Toutefois, pour assurer une transition harmonieuse entre les anciennes et les nouvelles directives, l'annexe I de la directive "cadre" recense tous les marchés actuellement réglementés¹¹⁹ et prévoit qu'ils doivent figurer dans la première recommandation "marchés pertinents". Les ARN analysent alors ces marchés et suppriment les obligations imposées précédemment, au fur et à mesure que la concurrence s'y développe.

En outre, ce même considérant 27 ajoute que les marchés émergents ne doivent pas être soumis à une réglementation non appropriée. Dans ces marchés, les premiers entrants risquent d'avoir des parts de marché considérables sans pour autant qu'il soit nécessaire de les réguler. En effet, une réglementation précoce pourrait altérer un développement sain du marché, et les

Competition, O.U.P, 1999; P. ROTH (Ed.), *Bellamy and Child: European Community Law of Competition*, 5th Ed., Sweet & Maxwell, 2001; R. WHISH, *Competition Law*, 4th Ed., Butterworths, 2001. Pour une application des concepts du droit de la concurrence aux communications électroniques, nous conseillons: L. GARZANITI, *Telecommunications, Broadcasting and the Internet : EU Competition Law and Regulation*, Sweet & Maxwell, 2000.; J.J. LAFFONT, J. TIROLE, *Competition in Telecommunications*, MIT Press, 2000; P. LAROCHE, *Competition Law ...*, op. cit.; Chr. KOENIG, A. BARTOSCH, J.-D. BRAUN (eds.), *EC Competition and Telecommunications Law*, Kluwer Law International, 2002.

¹¹⁷ SQUIRE-SANDERS-DEMPSEY, *Market Definitions for Regulatory Obligations in Communications Markets*, July 2002.

¹¹⁸ Différentes conditions doivent être remplies pour que le critère du considérant soit satisfait. Premièrement, le marché doit être caractérisé par des barrières à l'entrée importantes et durables. Ces barrières peuvent être de nature économique ou structurelle, ou de nature réglementaire. Deuxièmement, pour tenir compte d'aspects plus dynamiques, la structure du marché doit être telle qu'il est peu probable que ce marché tende vers une concurrence effective dans une période raisonnable. Par exemple, les marchés caractérisés par des innovations techniques importantes et constantes ou les marchés dont les entreprises ont des structures de coûts fort divergentes peuvent tendre vers la concurrence effective, alors même qu'ils comptent peu d'acteurs. Enfin troisièmement, la réglementation *ex ante* doit apparaître comme un complément approprié au droit de la concurrence. C'est le cas lorsque le seul droit antitrust ne pourrait efficacement amener la concurrence effective sur le marché car l'intervention publique devrait être fréquente et rapide ou impliquerait le respect de conditions complexes à vérifier (contrôle des coûts, ou de paramètres techniques) (Services de la Commission, Consultation publique concernant un projet de recommandation de la Commission concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, document de travail, 18 juin 2002, 8-11,

http://europa.eu.int/information_society/topics/telecoms/regulatory/publicconsult/index_en.htm .

¹¹⁹ En outre, l'annexe I liste également le marché des services internationaux d'itinérance, qui n'est actuellement pas réglementé.

ARN conservent toujours la possibilité d'intervenir à un stade ultérieur lorsque le marché aura atteint une certaine maturité¹²⁰.

D'autre part, l'article 15.1 de la directive "cadre" précise également que les marchés qui justifient une réglementation *ex-ante* doivent être définis selon les principes du droit de la concurrence. Ces principes, qui résultent de la jurisprudence communautaire, ont été exposés dans une communication "marché" de la Commission en 1997¹²¹. La définition d'un marché pertinent combine une dimension produit/service et une dimension géographique. Un marché de produits comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables, en raison de leurs caractéristiques, de leur prix ou de l'usage auquel ils sont destinés¹²². Le marché géographique comprend le territoire sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable¹²³.

Pour délimiter ces deux dimensions, il s'agit de déterminer les contraintes concurrentielles qui disciplinent le comportement des entreprises. Elles peuvent être de deux ordres: substituabilité du côté de la demande (en cas d'augmentation de prix, les acheteurs se tournent vers d'autres produits ou vers des fournisseurs implantés ailleurs) et substituabilité au niveau de l'offre (en cas d'augmentation de prix, de nouveaux fournisseurs ou des fournisseurs venant d'ailleurs commencent à offrir le produit). Pour établir l'existence de ces éventuelles substitutions, on applique le test dit du "monopoleur hypothétique". Il s'agit de partir d'un produit ou service proposé dans une zone géographique donnée, que l'on imagine offert par un seul fournisseur, le monopoleur hypothétique. La question est alors de savoir si, en supposant que les prix de tous les autres produits restent inchangés, une augmentation faible mais significative (de 5 à 10%) et durable du prix du produit considéré s'avère profitable au monopoleur hypothétique. Si l'augmentation de prix est profitable, car les possibilités de substitution sont limitées et ne contraignent pas le comportement du monopoleur, le produit en question constitue le marché pertinent. Par contre, si l'augmentation de prix n'est pas profitable car les acheteurs se détourneraient du monopoleur hypothétique ou de nouveaux fournisseurs entreraient, il faut définir le marché plus largement, en ajoutant d'autres produits ou en élargissant sa zone géographique. On procède ainsi jusqu'à ce que l'ensemble de produits et la zone géographique retenus soient tels qu'il devient rentable de procéder à des hausses légères mais permanentes des prix relatifs.

Appliquant ces principes au secteur des communications électroniques, on commence par définir les marchés de détail (visant les relations entre les fournisseurs et les consommateurs finals) en évaluant les diverses substituabilités du côté de la demande et au niveau de l'offre pour les consommateurs et les fournisseurs. Ensuite, on détermine les marchés de gros (visant les relations entre les fournisseurs) sur la base de la définition des marchés de détail puisque les offreurs sur les marchés de détails sont - par identité - les demandeurs sur les marchés de

¹²⁰ Voy. également le par. 32 des lignes directrices "analyse du marché".

¹²¹ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *J.O.C.E.*, 9.12.1997, C 372/5.

¹²² Par exemple, on peut considérer que les services de téléphonie fixe et les services de téléphonie mobile forment deux marchés de services distincts car ces deux types de services ne sont pas substituables pour la majorité des consommateurs.

¹²³ Par exemple, on peut considérer que certains marchés de services de télécommunications sont nationaux car ils nécessitent une licence nationale pour être fournis.

gros. Les définitions des deux types de marché sont donc nécessairement liées, et partant, plus les marchés de détail sont définis étroitement, plus les marchés de gros le sont également¹²⁴.

• ***Deuxième étape: la détermination de la puissance significative sur le marché (PSM)***

Les marchés ayant été définis, l'ARN doit ensuite les analyser pour déterminer s'ils sont en concurrence effective. Selon la directive "cadre", l'absence de concurrence effective s'identifie à la présence d'un ou plusieurs opérateurs ayant une PSM¹²⁵. A son tour, une entreprise dispose d'une puissance significative sur le marché si, individuellement ou conjointement avec d'autres, elle se trouve dans une position équivalente à une position dominante, ou bénéficie d'un effet de levier venant d'un marché où elle dispose d'une puissance¹²⁶. Sous réserve de l'effet de levier, il y a une identité entre la puissance et la dominance, même si la manière d'apprécier l'une et l'autre peut être différente. La puissance est évaluée de manière prospective¹²⁷, partant les ARN doivent déterminer, en se basant sur les conditions existantes, si elle est susceptible de perdurer durant une période raisonnable (liée aux caractéristiques de chaque marché et aux échéances des analyses successives)¹²⁸. Il y a donc une identité entre l'absence de concurrence effective, la puissance, et la dominance appréciée de manière prospective. L'absence de concurrence effective ne nécessite donc pas la preuve d'un comportement abusif de l'entreprise, ce qui nous semble logique puisque cette condition déclenche des obligations qui visent précisément à prévenir tout comportement abusif, et non à le sanctionner.

La position dominante a été définie par la jurisprudence communautaire comme le pouvoir de se comporter, dans une mesure appréciable, de manière indépendante de ses concurrents, de ses clients, et en fin de compte des consommateurs¹²⁹. Il s'agit d'un certain degré de pouvoir de marché, qui permet à son ou ses bénéficiaires de se comporter de manière indépendante sur le marché, et qui a été jugé nécessaire et suffisant pour justifier l'intervention du droit de la concurrence. Puisque le législateur européen a décidé d'aligner le concept de puissance significative sur la dominance, c'est ce même degré de pouvoir de marché qui déclenche l'intervention de la réglementation sectorielle. La position dominante peut être de deux types - simple ou collective - selon qu'elle est détenue par une ou plusieurs entreprises.

La détermination de la dominance simple n'est pas une tâche aisée qui se limiterait à l'examen mécanique d'une liste exhaustive de critères. Elle implique une appréciation globale du marché pertinent pour déterminer si une entreprise possède un degré de pouvoir de marché tel qu'elle peut se comporter de manière indépendante. Un important critère est la part de marché, et selon la jurisprudence, si la part de marché est inférieure à 25%¹³⁰, l'absence de dominance

¹²⁴ Par exemple, le fait que la majorité des consommateurs ne considèrent pas les appels mobiles comme substituables aux appels fixes entraîne des marchés d'interconnexion différents pour les réseaux fixes et pour les réseaux mobiles.

¹²⁵ Article 16 et considérant 27 de la directive "cadre", ainsi que les par. 19 et 107 des lignes directrices "analyse du marché". Ainsi, l'absence de concurrence effective signifie la présence d'opérateurs puissants, et inversement, la concurrence effective signifie l'absence d'entreprise bénéficiant d'une puissance significative.

¹²⁶ Article 14 de la directive "cadre".

¹²⁷ Considérant 27 de la directive "cadre", par. 20 des lignes directrices.

¹²⁸ Dès lors, la détermination de la puissance s'apparente plus au calcul de la dominance au sens de l'article 2 du règlement "concentrations" (règlement (CEE) N° 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, *J.O.C.E.*, 30.12.1989, L 395/1, modifié en dernier lieu par le règlement (CE) 1310/97 du 30.6.1997, *J.O.C.E.*, 9.7.1997, L 180/1) qu'à celle de l'article 82 CE, principalement rétroactif.

¹²⁹ *C.J.C.E.*, 14 février 1978, *United Brands*, 27/76, Rec. 207, par. 65 ; *C.J.C.E.*, 13 février 1979, *Hoffman-La Roche*, 85/76, Rec. 461, par. 38.

¹³⁰ Voy. aussi le considérant 15 du Règlement "concentrations".

sera présumée, tandis que si elle est supérieure à 40%¹³¹, la dominance sera alors présumée, ces deux présomptions pouvant être renversées¹³². Toutefois, d'autres critères sont également importants¹³³ comme la taille globale de l'entreprise, la supériorité technologique, l'absence de puissance d'achat compensatrice, les ressources financières, la diversification des produits, économies d'échelle ou de gamme, l'intégration verticale, l'existence d'un réseau de distribution développé, l'absence de concurrence potentielle et les barrières à l'entrée, ou encore le contrôle d'une facilité essentielle¹³⁴.

La détermination de la dominance collective, quant à elle, est plus difficile car il s'agit d'un concept complexe dans la théorie économique¹³⁵ et nouveau dans la jurisprudence communautaire. On considère que deux ou plusieurs entreprises détiennent une position dominante collective lorsque, bien que restant indépendantes, elles se comportent ensemble comme le ferait une seule et unique entreprise bénéficiant d'une dominance. Ce parallélisme de comportement peut être dû à l'existence de liens structurels entre les entreprises (comme des accords), ou à une structure de marché telle que les entreprises alignent leur comportement sans se concerter et sans aucun lien entre elles (collusion tacite)¹³⁶. L'analyse que doit mener l'ARN est donc complexe et, pour la guider, l'annexe II de la directive "cadre" prévoit une liste non exhaustive et non cumulative de critères susceptibles de conduire à une coordination tacite, et partant à une dominance collective: concentration du marché, transparence, maturité, symétrie dans les coûts et dans les parts de marché, mécanismes de rétorsion.

Enfin, une entreprise qui est puissante sur un premier marché, peut être considérée comme puissante sur un second marché, qui lui est étroitement lié, dans la mesure où l'entreprise peut utiliser sa puissance du premier marché pour acquérir ou renforcer son pouvoir sur le second marché¹³⁷. En d'autres termes, si un opérateur est dominant sur un marché, l'ARN pourrait faire "comme si" cet opérateur était dominant sur un autre marché qui lui est lié verticalement ou horizontalement, le désigner comme puissant sur ce second marché et lui imposer les

¹³¹ C.J.C.E., *Hoffman-La Roche*, cit. supra, par. 41; C.J.C.E., 3 juillet 1991, *Akzo*, C-62/86, Rec. I-3359, par. 60; T.P.I.C.E., 7 octobre 1999, *Irish Sugar*, T-228/97, Rec. II-2969, par. 70; T.P.I.C.E., 22 novembre 2001, *AAMS*, T-139/98, Rec. II-3413.

¹³² En pratique, les parts de marchés sont évaluées par référence au montant des ventes, en valeur en cas de produits différenciés et en volume en cas de produits homogènes: lignes directrices "analyse du marché", par. 76-77; communication "marché", par. 54-55. Dès lors, dans le secteur des communications électroniques où la plupart des produits et services sont différenciés, les parts de marché doivent le plus souvent être évaluées par référence au chiffre d'affaires. Toutefois, d'autres critères peuvent également être pris en compte, comme la capacité ou le nombre de points de terminaison d'un opérateur. Voy.: Commission services/DG XIII, Determination of Organisations with Significant Market Power (SMP) for implementation of the ONP Directives, 1 March 1999, <http://europa.eu.int/ISPO/infosoc/telecompolicy/en/comm-en.htm#misc>.

¹³³ Par. 78 des lignes directrices "analyse du marché".

¹³⁴ Les conditions des facilités essentielles ont été déterminées dans l'affaire: C.J.C.E., 26 novembre 1998, *Bronner et Mediaprint*, C-7/97, Rec. I-7791. Comme précisé par le paragraphe 81 des lignes directrices "analyse du marché", le contrôle d'une facilité essentielle implique une dominance, et partant une puissance, mais à l'inverse la puissance n'exige pas la preuve du contrôle d'une facilité essentielle puisqu'il se peut qu'une entreprise soit dominante sans contrôler une facilité essentielle.

¹³⁵ G. STIGLER, "A Theory of Oligopoly", *Journal of Political Economy* 72, 1964, 44; C. SHAPIRO, "Theories of Oligopoly Behaviours", in R. SCHMALENSEE, R. WILLIG (Ed.), *Handbook of Industrial Organization*, North Holland, 1989, 329. G. NIELS, "Collective dominance: More Than Just Oligopolistic Interdependence", *E.C.L.R.*, 2001, 168-172.

¹³⁶ T.P.I.C.E., 25 mars 1999, *Gencor*, T-102/96, Rec. II-753, par. 276-277; C.J.C.E., 16 mars 2000, *Compagnie Maritime Belge*, C-395/96 et C-396/96P, Rec. I-1365, par. 39 et en particulier T.P.I.C.E., 6 juin 2002, *Airtours*, T-342/99, non encore publié au Recueil, par. 61.

¹³⁷ Article 14.3 de la directive "cadre", qui fait écho à l'arrêt *Tetra Pak* en droit de la concurrence: C.J.C.E., 14 novembre 1996, *Tetra Pak II*, C-333/94P, Rec. I-5951.

obligations appropriées. Cette possibilité doit néanmoins être maniée avec prudence¹³⁸ car elle pourrait mener à une réglementation excessive et dommageable pour l'investissement et l'intérêt du consommateur, particulièrement dans le cas des marchés émergents. Ainsi dans ses lignes directrices "analyse du marché"¹³⁹, la Commission a précisé qu'il est préférable d'imposer des obligations sur le marché dominé (souvent le marché amont de l'infrastructure). Ce n'est que si ces obligations ne peuvent assurer une concurrence effective sur le marché connexe (souvent le marché en aval des services) que sa réglementation se justifie. En pratique, l'utilisation de l'article 14.3 de la directive "cadre" ne nous semble justifiée que si la réglementation du marché amont est trop tardive ou difficile à mettre en œuvre suite au manque de transparence des prix et autres conditions applicables sur ce marché.

- ***Troisième étape: l'imposition des obligations sectorielles***

Dans le cadre réglementaire de 1998, la désignation d'un opérateur comme puissant entraînait l'application de toutes les obligations spécifiquement prévues dans les directives. Dans le nouveau cadre, les ARN disposent de plus de flexibilité puisqu'elles peuvent imposer les obligations réglementaires appropriées, à choisir en principe dans la liste limitative de la directive "accès" pour les marchés de gros, et dans la liste exemplative de la directive "service universel" pour les marchés de détail.

Les marchés de gros

Les marchés de gros concernent les relations entre les fournisseurs de réseaux et de services de communications électroniques. Lorsqu'un opérateur détient une puissance significative sur l'un de ces marchés, l'ARN doit lui imposer au moins une obligation réglementaire spécifique et peut en imposer plusieurs, à choisir parmi le menu proposé dans les articles 9 à 13 de la directive "accès"¹⁴⁰. Elle peut également imposer des obligations qui ne sont pas prévues dans ce menu, moyennant l'accord préalable de la Commission. Les ARN disposent donc d'une flexibilité importante leur permettant de choisir les obligations qui peuvent le mieux remédier au pouvoir de marché qu'elles ont identifié.

Néanmoins, leur choix doit être guidé par les principes des directives qui prévoient que les obligations doivent être fondées sur la nature du problème constaté, justifiées au regard des objectifs du nouveau cadre (concurrence effective, marché intérieur, intérêts des citoyens) et proportionnées, ce qui implique que l'obligation choisie doit être nécessaire et la moins interventionniste possible pour atteindre le but recherché¹⁴¹. En outre, leur choix peut être contraint par le respect d'engagements internationaux, principalement ceux relatifs à l'interconnexion pris dans le cadre de l'accord sur les services de base de télécommunications sous les auspices de l'Organisation Mondiale du Commerce¹⁴².

Le menu de la directive "accès" prévoit cinq obligations qui peuvent être regroupées en trois catégories logiques qui concernent d'abord le fait même de donner accès, ensuite les conditions de cet accès, et enfin la possibilité de contrôler le respect de ces conditions.

¹³⁸ S. TAYLOR, "European Commission's Draft Guidelines on Market Analysis and the Calculation of Significant Market Power: The Extension of Tetra Pak II to Regulation", *C.T.L.R.* 6, 2001, 129-135.

¹³⁹ Par. 84 des lignes directrices.

¹⁴⁰ Par. 21 et 114 des lignes directrices.

¹⁴¹ Article 8.4 de la directive "accès" et par. 118 des lignes directrices. Sur le principe de proportionnalité, voy. P. CRAIG, G. de BURCA, *EU Law*, 2e Ed., O.U.P., 1998, 349-357 et les références citées.

¹⁴² Décision du Conseil 97/838/CE déjà citée. Dès lors, pour les marchés couverts par ces accords, les ARN devront imposer au moins trois obligations (non discrimination, orientation vers les coûts, et transparence) aux fournisseurs principaux, concept fort proche de la PSM.

L'article 12 de la directive "accès" prévoit d'abord que les ARN peuvent imposer aux opérateurs puissants d'accorder à des tiers l'accès et l'utilisation des éléments ou des ressources spécifiques du réseau, moyennant le paiement d'une rémunération appropriée. Cette notion d'accès n'est pas limitée à l'interconnexion et doit être comprise très largement comme nous l'avons vu précédemment. Ainsi, elle comprend notamment l'accès à des éléments du réseau et à des ressources associées, notamment pour l'itinérance mobile; l'accès à l'infrastructure physique, y compris les bâtiments, gaines et pylônes; ou l'accès ouvert aux interfaces techniques pertinentes. L'ARN peut aussi imposer aux opérateurs de négocier ces accès de bonne foi avec toute entreprise qui en fait la demande, ou encore de ne pas retirer un accès déjà accordé. Avant d'imposer toute obligation, l'ARN doit se livrer à une appréciation économique qui évalue l'impact de l'obligation sur les comportements des entreprises et met en balance ses effets de court terme et de long terme. Ainsi, accorder trop facilement l'accès aux infrastructures peut diminuer les incitants des opérateurs qui les contrôlent à les améliorer et ceux des demandeurs d'accès à construire leurs propres réseaux, partant sacrifier la concurrence à long terme sur l'autel de la concurrence à court terme. A l'inverse, s'abstenir systématiquement d'imposer toute obligation d'accès peut empêcher de nouvelles entrées sur le marché et maintenir la puissance des anciens monopoleurs. Ce test n'est pas sans rappeler l'évaluation qui doit être menée dans le cadre de la doctrine des facilités essentielles¹⁴³. Toutefois, il nous semble que les conditions pour qualifier une facilité comme essentielle, qui sont proches de celles d'un monopole naturel¹⁴⁴, sont plus restrictives que les conditions pour imposer une obligation d'accès en réglementation sectorielle. En pratique, l'ARN doit déterminer si, sur le marché identifié, l'accès demandé est réalisable et si le demandeur d'accès est prêt à payer un montant raisonnable couvrant l'investissement de l'infrastructure et les risques qui lui sont liés.

Ensuite, le menu prévoit des obligations qui touchent aux conditions de fourniture de l'accès. Suivant l'article 10 de la directive "accès", les ARN peuvent imposer le respect du principe de non-discrimination, qui oblige les opérateurs à appliquer des conditions équivalentes dans des circonstances équivalentes aux entreprises fournissant des services semblables. Cela implique que les entreprises qui sont verticalement intégrées fournissent aux autres tout service et information dans les mêmes conditions et avec la même qualité que celles qu'elles assurent pour leurs propres services, filiales ou partenaires. Dès lors, des différences ne peuvent être justifiées que si les conditions de fourniture ne sont pas équivalentes (et particulièrement si les coûts de fourniture sont différents) ou si les clients sont des entreprises qui ne fournissent pas des services équivalents, en d'autres termes ne sont pas présentes sur le même marché au sens du droit de la concurrence ou sur des marchés qui sont étroitement liés¹⁴⁵.

L'article 13 prévoit que l'ARN peut imposer des obligations liées au contrôle des prix. Comme en droit de la concurrence, elle peut interdire les prix excessifs, les prix prédateurs ou les amenuisements de marges. Un prix de vente est excessif lorsqu'il est exagéré par rapport à son

¹⁴³ Conclusion de l'Avocat Général Jacobs sous l'arrêt *Bronner*, *cit. supra*, par. 57-58 et 65-66.

¹⁴⁴ A.B. LIPSKY, J.G. SIDAK, "Essential Facilities", *Stanford Law Rev.* 51, 1999, 1187-1248; M.A. BERGMAN, "The role of essential facilities doctrine", *Antitrust Bulletin*, 2001, 403-434.

¹⁴⁵ La question de savoir si une discrimination pourrait être acceptable si elle a lieu entre des entreprises qui ne sont pas directement en concurrence est complexe. A la lecture de l'article 82(c) CE qui prévoit que la discrimination doit infliger un désavantage dans la concurrence pour être abusive, il semble qu'appliquer des conditions différentes à des entreprises qui ne sont pas présentes sur le même marché soit acceptable. Toutefois, dans *C.J.C.E.*, 17 mai 1994, *Corcisa Ferries*, C-18/93, Rec. I-1783, par. 43, la Cour n'a pas repris cette condition et dans la communication "accès" par. 120-121, la Commission signale qu'une discrimination est abusive même si les entreprises sont actives sur des marchés différents mais liés (comme ceux des services de téléphonie fixe et mobile) (communication de la Commission relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications, *J.O.C.E.*, 22.8.1998, C 265/2).

prix de revient¹⁴⁶. Un prix est prédatore soit s'il est inférieur à la moyenne des coûts variables de l'opérateur puissant, soit s'il est inférieur à la moyenne des coûts totaux et qu'il s'inscrit dans un plan anti-concurrentiel¹⁴⁷. Comme le précise la communication "accès", le coût variable doit comprendre le coût marginal total à long terme. Il y a amenuisement des marges bénéficiaires lorsque la marge entre la redevance d'accès sur le marché en amont et le prix final sur le marché en aval que pratique l'opérateur dominant est insuffisante pour permettre à un prestataire de services raisonnablement efficace d'y réaliser un bénéfice normal¹⁴⁸.

Mais l'ARN peut imposer directement l'orientation des prix en fonction des coûts, auquel cas, la charge de la preuve que les redevances reflètent ces coûts repose sur l'opérateur et non sur l'autorité¹⁴⁹. Différentes méthodes pour appliquer l'orientation vers les coûts peuvent être utilisées. Une méthode simple, le *benchmarking*, consiste à déterminer les prix en fonction de ceux en vigueur sur des marchés concurrentiels comparables. Cette méthode permet de fixer les prix sans devoir attendre la mise en place par les opérateurs d'une comptabilité analytique détaillée, mais elle risque d'encourager la collusion entre les opérateurs et il n'en résulte pas nécessairement un prix orienté sur les coûts. Dès lors, elle ne peut être utilisée que de façon transitoire, en attendant la connaissance précise des coûts¹⁵⁰. Une autre méthode aisée pour fixer les prix du marché de gros consiste à prendre les prix du marché de détail, et à leur retirer un certain "mark up" rémunérant les services de détail (marketing, relation clientèle, ...). Enfin, si l'autorité a une connaissance précise des coûts, elle peut s'en servir pour fixer les prix, éventuellement en utilisant des méthodes de comptabilisation distinctes de celles utilisées par l'opérateur. La Commission recommande d'utiliser l'approche du coût incrémental de long terme (LRIC), qui consiste à évaluer les actifs du réseau à la valeur prospective ou actuelle d'un opérateur efficient et à imputer ces coûts conformément au principe d'origine. Comme 90% des coûts peuvent être directement ou indirectement imputés à un service particulier, seuls les 10% restant doivent être repartis sur une base arbitraire, mais qui doit être définie à l'avance par l'autorité¹⁵¹. De manière générale, la directive précise que

¹⁴⁶ C.J.C.E., 13 novembre 1975, *General Motors*, 26/75, Rec. 1367, par. 12; C.J.C.E. *United Brands*, cit. *supra*, par. 251. Pour l'application au secteur des communications électroniques: communication "accès", par. 105-109; M. HAAG, R. KLOTZ, "Commission Practice concerning excessive pricing in Telecommunications", *Competition Policy Newsletter* 2, 1998, 35-38 se référant notamment à un cas de prix excessifs contre *Deutsche Telekom* (IP/96/975).

¹⁴⁷ C.J.C.E. *Akzo*, cit. *supra*, par. 69-74; Décision 2001/354/CE *Deutsche Post*, cit. *supra*. Pour l'application dans le secteur des communications électroniques: communication "accès", par. 110-116; communication des griefs contre *Wanadoo*, 21.12.2001, IP/01/1899

¹⁴⁸ Décision 88/518/CEE de la Commission du 18 juillet 1988, *Napier Brown-British Sugar*, J.O.C.E., 19.10.1988, L 284/41. Pour l'application dans le secteur des communications électroniques: communication "accès", par. 117-119; communications des griefs contre KPN, 27.3.2002, IP/02/483 et communication des griefs contre *Deutsche Telekom*, 8.5.2002, IP/02/686.

¹⁴⁹ Article 13.3 de la directive "accès".

¹⁵⁰ Pour la tarification de l'interconnexion sur le réseau fixe, la Commission a recommandé le "benchmarking" de janvier 1998 à janvier 2002, date à laquelle elle a considéré que cette méthode n'était plus nécessaire suite à la disponibilité croissante de systèmes de comptabilisation des coûts: recommandation 98/195/CE de la Commission du 8 janvier 1998 concernant l'interconnexion dans un marché des télécommunications libéralisé, Partie 1 - Tarification de l'interconnexion, J.O.C.E., 12.3.1998, L 73/42, modifiée en dernier lieu par la recommandation 2002/75/CE du 22 fév. 2002, J.O.C.E., 28.2.2002, L 58/56. La méthode a été validée par la Cour de justice entre autre dans C.J.C.E., 4 mai 1988, *Bodson*, 30/87, Rec. 2479 et C.J.C.E., 13 juillet 1989, *Lucazeau c. SACEM*, 110/88, 241/88 et 242/88, Rec. 2811, par. 25.

¹⁵¹ Recommandation 98/322/CE de la Commission du 8 avril 1998 concernant l'interconnexion dans un marché des télécommunications libéralisé, Partie 2 - Séparation comptable et comptabilisation des coûts, J.O.C.E., 13.5.1998, L 141/6. Voy. aussi une étude réalisée pour les services de la Commission développant un modèle de coûts pour l'interconnexion: EUROPE ECONOMICS, *Study on the preparation of an adaptable bottom-up costing model for interconnection and access pricing in European Union countries*, 2000. Voy. aussi IRG, *Principles of implementation and best practice regarding FL-LRIC cost modelling*, 2000, <http://irgis.icp.pt/site/fr/index.asp>.

toute méthodologie de tarification qui serait rendue obligatoire doit favoriser une concurrence durable, optimiser les avantages pour les consommateurs et rémunérer l'opérateur de manière raisonnable compte tenu du capital engagé et des risques encourus.

Enfin, le menu prévoit des obligations qui permettent de favoriser l'octroi de l'accès et de vérifier le respect d'éventuelles obligations de non-discrimination et de contrôle des prix qui auraient été imposées. En vertu de l'article 9 de la directive "accès", l'ARN peut imposer des obligations de transparence selon lesquelles les opérateurs doivent rendre publiques des informations préalablement définies, telles que les termes et conditions de fourniture, les spécifications techniques du réseau, ou des informations comptables. En particulier, l'autorité peut imposer la publication d'une offre de référence, suffisamment détaillée et dont elle peut fixer le contenu¹⁵², comprenant une description des offres pertinentes, et peut aller jusqu'à faire modifier de telles offres de référence.

Suivant l'article 11, l'ARN peut également imposer des obligations de séparation comptable en ce qui concerne les activités d'accès et notamment obliger une entreprise intégrée verticalement à rendre ses prix de gros et de transferts transparents¹⁵³. Elle peut également imposer la mise en place d'un système de comptabilisation des coûts approprié pour permettre un contrôle efficace des prix. En outre, l'autorité peut exiger que les documents comptables lui soient fournis sur demande.

Enfin, l'article 8.3 dispose qu'une ARN peut imposer, dans des circonstances exceptionnelles, d'autres obligations en matière d'accès que celles qui sont prévues dans la directive, pour autant qu'elle obtienne l'accord préalable de la Commission, agissant conformément à la procédure de comitologie consultative.

Les marchés de détail

Les marchés de détail concernent les relations entre les fournisseurs de réseaux et services de communications électroniques et les utilisateurs finals, entreprises ou particuliers. Contrairement aux marchés de gros, deux conditions doivent être remplies pour réguler les marchés de détail. D'une part, l'ARN doit avoir désigné des opérateurs ayant une PSM, et d'autre part, elle doit conclure que les obligations imposées effectivement ou potentiellement sur les marchés de gros ne permettraient pas de réaliser les trois objectifs du nouveau cadre (et principalement la concurrence effective) sur le marché de détail. La plupart des comportements anti-concurrentiels qu'un opérateur exerce sur les marchés de détail résultent d'une puissance dont il abuse sur un marché de gros situé en amont. Il est donc préférable de réguler le marché en amont, source des problèmes, plutôt que le marché aval, qui n'en est que la manifestation des effets. En conséquence, et par analogie avec les principes énoncés lors de l'utilisation de l'effet de levier, la réglementation d'un marché de détail ne nous paraît justifiée que lorsque la réglementation du marché de gros s'avérerait trop tardive ou trop complexe à la suite notamment du manque de transparence des conditions applicables dans ce marché.

¹⁵² L'article 9.4 de la directive "accès" prévoit que lorsqu'un opérateur est soumis à des obligations d'accès dégroupé aux boucles locales à paire torsadée métallique, l'ARN doit imposer la publication d'une offre de référence contenant au moins les éléments figurant à l'annexe II de cette directive. Cette légère limitation de la flexibilité des ARN vise à prolonger, après la mise en application du nouveau cadre, les obligations prévues dans le règlement "dégroupage de la boucle locale" (règlement (CE) N° 2887/2000 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale, *J.O.C.E.*, 30.12.2000, L 336/4).

¹⁵³ Cette obligation ne s'impose qu'aux opérateurs puissants, et ne doit pas être confondue avec la séparation comptable visée à l'article 13 de la directive "cadre" qui s'applique à toutes les entreprises, indépendamment de leur puissance sur le marché, qui jouissent de droits spéciaux ou exclusifs pour la fourniture de services dans d'autres secteurs que celui des communications électroniques, ou dans d'autres Etats membres.

Dans ces cas, l'ARN peut imposer une ou plusieurs obligations sectorielles, en s'inspirant de la liste non limitative prévue à l'article 17 de la directive "service universel". Comme pour les marchés de gros, les obligations imposées doivent être fondées sur la nature du problème, justifiées au regard des objectifs du cadre et proportionnées.

L'ARN peut ainsi imposer différents types de contrôle des prix: interdiction des prix excessifs ou prédateurs, plafonnement des prix d'un ensemble déterminé de services, voire même orientation des tarifs de détail vers les coûts, en utilisant des méthodologies de calcul des coûts similaires à celles développées pour les marchés de gros. Pour assurer l'efficacité de ces contrôles, l'ARN peut imposer la mise en place de systèmes de comptabilité appropriés dont elle spécifie le format et la méthodologie. En outre, l'ARN peut imposer d'autres types d'obligations sur un marché de détail, telle l'interdiction de la discrimination entre les utilisateurs finals, l'interdiction d'un groupement de produits qui serait anti-concurrentiel¹⁵⁴, ou encore toute autre obligation appropriée qu'elle pourrait imaginer.

Vu la logique du système PSM qui vise principalement à assurer ou à mimer une concurrence effective sur les marchés du secteur des communications électroniques, il nous semble que le contrôle des tarifs de détails des opérateurs puissants doit garantir la concurrence, et partant une orientation des prix vers les coûts. Il ne doit pas directement assurer d'autres objectifs du cadre, telle une universalité d'accès aux services de communications électroniques à des tarifs abordables qui peuvent être en deçà des coûts. Cela relève plutôt des mesures prises au titre du service universel.

Enfin, l'article 19 de la directive "service universel" utilise le régime PSM de manière particulière puisqu'il définit directement un marché à analyser et le remède qui doit être choisi. Si sur le marché prédéfini de "*la fourniture de raccordements au réseau téléphonique public et de l'utilisation de ce réseau en position déterminée*", l'ARN désigne un opérateur puissant, elle doit lui imposer la sélection et présélection¹⁵⁵ de l'opérateur à un tarif reflétant les coûts et ne dissuadant pas les consommateurs d'utiliser de tels services¹⁵⁶. En outre, il est prévu que ces mêmes obligations peuvent être imposées sur d'autres réseaux, comme celui des services de téléphonie mobile, dans le cadre du régime général (c'est-à-dire si le marché pertinent a été identifié par la Commission ou par l'ARN avec l'accord de la Commission).

5.3 Remarque finale: relations entre le droit sectoriel et le droit de la concurrence

On le voit, le nouveau concept de puissance et sa mise en oeuvre se base de manière extensive sur les concepts et principes du droit de la concurrence. Toutefois, l'application de méthodologies analogues n'implique pas nécessairement que la définition des marchés et l'appréciation de la dominance/puissance mènent toujours au même résultat en droit de la concurrence et en droit sectoriel. Ainsi, les marchés sont souvent définis plus largement en droit sectoriel puisque celui-ci part d'une perspective plus large et base sa définition du marché sur une évaluation prospective de la structure et du fonctionnement de ce dernier,

¹⁵⁴ C.J.C.E., 31 mai 1979, *Hugin*, 22/78, Rec. 1869; T.P.I.C.E., 4 avril 1990, *Hilti*, T-30/89, Rec. II-163, par. 118-119, confirmée sur pourvoi par C.J.C.E., 2 mars 1994, *Hilti*, C-53/92P, Rec. I-667; C.J.C.E. *Tetra Pak II*, cit. *supra*, par. 37 qui précise que le groupement de produits peut être abusif même s'il se fait selon les usages commerciaux ou qu'il y a un lien naturel entre les produits.

¹⁵⁵ La sélection signifie qu'un utilisateur final peut utiliser les services d'un opérateur alternatif en formant un code de quelques chiffres avant le numéro appelé (p.ex. 1595 pour Mobistar en Belgique), tandis que la présélection signifie que ce code est préprogrammé et ne doit pas être formé par l'utilisateur lors de chaque appel pour utiliser l'opérateur alternatif tout en gardant l'abonnement avec son opérateur habituel.

¹⁵⁶ Cette disposition respecte ainsi la priorité de l'intervention sur le marché de gros, puisqu'elle prévoit qu'en cas de puissance sur un marché de détail particulier, l'obligation est d'abord imposée sur un marché en amont, celui de l'interconnexion/départ d'appel sur le réseau téléphonique public fixe.

alors qu'une intervention en droit de la concurrence se base toujours sur un évènement bien précis que l'on peut rattacher à une ou plusieurs entreprises (accord ou pratique concertée, concentration, abus de position dominante) et autour duquel le marché alors peut être défini¹⁵⁷. En outre, une entreprise puissante n'est pas nécessairement dominante au sens de l'article 82 CE puisque le marché pertinent peut être défini différemment et que la puissance s'apprécie de façon plus prospective que la dominance dans le cadre d'un abus passé. De plus, la désignation comme puissant se base sur des critères principalement structurels et n'implique pas, ni ne présume, que l'entreprise a commis un abus à sanctionner¹⁵⁸.

Plus fondamentalement, l'intégration par le droit sectoriel des principes du droit de la concurrence ne signifie nullement une (con)fusion des deux régimes. Le droit sectoriel continuera à intervenir *ex ante* pour prévenir toute utilisation dommageable de pouvoir de marché et, de façon plus générale, favoriser l'émergence d'une concurrence effective dans le secteur des communications électroniques. Le droit de la concurrence se contente pour sa part, de sanctionner *ex post* les abus et de rétablir une situation concurrentielle préalable¹⁵⁹.

Quant aux obligations, celles qui pèsent sur un opérateur puissant vont souvent plus loin que celles qui s'imposent à une entreprise dominante en droit de la concurrence¹⁶⁰. Ainsi, alors qu'une ARN peut imposer un accès obligatoire après une analyse économique sommaire, un refus d'accès ne sera abusif que si les conditions très restrictives de la théorie des facilités essentielles sont remplies. De même, une ARN peut aisément imposer un prix orienté sur les coûts, alors qu'un abus nécessite la preuve, fort difficile à rapporter, que les prix sont clairement en dessous ou au-dessus des coûts. La non-discrimination peut s'apprécier par rapport aux propres entités de l'opérateur puissant, alors qu'elle s'apprécie principalement par rapport aux tiers en droit de la concurrence. Enfin, la troisième catégorie du menu des ARN, la transparence et la séparation comptable, est plus difficilement utilisable dans le cadre de la répression d'un abus¹⁶¹.

¹⁵⁷ Par. 27 des lignes directrices "analyse du marché". L'article 15.1 de la directive "cadre" prévoit d'ailleurs que les marchés définis à son titre le sont sans préjudice de ceux qui peuvent être définis dans le cadre d'affaires spécifiques en droit de la concurrence.

¹⁵⁸ Par. 30 des lignes directrices "analyse du marché".

¹⁵⁹ Toutefois, le contrôle des concentrations, qui fait partie du droit de la concurrence, présente un caractère hybride. D'une part, il intervient *ex-ante* et les conditions auxquelles une concentration peut être soumise peuvent viser à prévenir tout abus de position dominante. D'autre part, il ne vise pas à renforcer la concurrence sur le marché, mais seulement à assurer que la structure concurrentielle du marché ne soit pas dégradée par l'opération de concentration sous revue.

¹⁶⁰ Communication "accès", par. 15, H. UNGERER, *Telecoms Pricing Policies and their Effect on the European Internet*, June 1998, http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/index_1998.html. Pour un catalogue des abus possibles en droit de la concurrence: R. WHISH, *op. cit.*, 601-674.

¹⁶¹ Pour une comparaison des obligations, voy. aussi: P. LAROCHE, *Competition Law and Regulation...*, *op. cit.*, 165-268; A. DE STREEL et E. VEGIS, "La théorie des facilités essentielles et son application aux télécommunications", in E. MONTERO (Dir.), *Droit des technologies ...op. cit.*, 389-424; B. DOHERTY, *Competition Law and Sector-Specific Regulation*, *C.T.L.R.* 8, 2001, 225-232.

6 PROTECTION DES INTERETS DES UTILISATEURS

La section précédente détaillait les mesures réglementaires qui visent à assurer un marché des communications électroniques concurrentiel et intégré au niveau européen, et partant qui participe à la satisfaction des intérêts des citoyens européens. Toutefois, même un grand marché en concurrence effective ne remplit pas nécessairement tous les objectifs d'intérêt général qu'un Etat peut souhaiter poursuivre. Dès lors, diverses mesures réglementaires visent à accompagner le marché, afin que ces objectifs publics soient satisfaits. D'ailleurs, et de manière plus générale, les initiatives de libéralisation initiées par les institutions européennes ont toujours été couplées avec des politiques d'accompagnement visant à assurer un niveau et une qualité de service public au moins comparables à ceux qui étaient censées prévaloir du temps des monopoles¹⁶².

Ces mesures réglementaires visent d'une part à assurer une universalité d'accès à un prix abordable à certains services essentiels de communications électroniques (service universel et service obligatoires additionnels), un accès à prix coûtant à un ensemble minimal de lignes louées ayant des caractéristiques harmonisées à travers l'Europe et à permettre un accès à certains programmes radio ou télévisés pour assurer la pluralité et la diversité culturelle. D'autres part, ces mesures entendent assurer la protection de certains droits et intérêts des utilisateurs finals.

6.1 Universalité d'accès

- *Universalité d'accès à la téléphonie: le service universel*¹⁶³

L'article 3 de la directive "service universel" prévoit que les services faisant partie du service universel sont mis à la disposition de tous les utilisateurs finals, indépendamment de leur situation géographique, à un niveau de qualité spécifié et, compte tenu de circonstances nationales particulières, à un prix abordable. La mise en œuvre du service universel doit par ailleurs s'effectuer dans le respect des principes d'objectivité, de transparence, de non-discrimination, de proportionnalité et de distorsions minimales sur le marché.

Champ du service universel

Le champ du service universel est décrit aux articles 4 à 7 de la directive "service universel". Il comprend d'abord un raccordement en position déterminée au réseau téléphonique public (qui doit permettre de donner et recevoir des appels téléphoniques, des fax et des communications de données) et un accès aux services téléphoniques accessibles au public en position déterminée. Le débit de données du raccordement au réseau doit être suffisant pour

¹⁶² Communication de la Commission, Les services d'intérêt général en Europe, *J.O.C.E.*, 26.9.1996, C 281/3; Communication de la Commission, Les services d'intérêt général en Europe, *J.O.C.E.*, 19.1.2001, C 17/4; Rapport de la Commission du 17 octobre 2001 sur les services d'intérêt général, COM(2001) 598. L'évolution des services d'intérêts économiques généraux fait désormais l'objet d'une évaluation annuelle dans le cadre du processus de Cardiff. Voy. Communication de la Commission du 7 décembre 2001, Rapport sur le fonctionnement des marchés communautaires des produits et des capitaux, COM(2001) 736, et son annexe.

¹⁶³ Voy. S. RODRIGUES, *La nouvelle régulation des services publics en Europe: Energie, postes, télécommunications*, Lavoisier, 2000; J.M. CHEFFERT *et alii*, *Service universel, concurrence et télécommunications*, Cahier du Crid n° 15, Story-Scientia, 1999; R.A. CAWLEY, "Universal Service: specific services on generic networks - some logic begins to emerge in the policy area", 2001, <http://www.arxiv.org/abs/cs.CY/0109063>. A. DE STREEL, "The Protection of the European Citizen in a Competitive e-Society : The New Universal Service Directive", *Journal of Network Industries*, 2003, à paraître.

permettre un accès fonctionnel à Internet, compte tenu des technologies les plus couramment utilisées par la majorité des abonnés et de la faisabilité technique, et partant se limite à l'accès à Internet à bas débit, généralement limité à 56 kbit/s¹⁶⁴. Ce raccordement peut être assuré par une technologie filaire ou sans fil (dont le GSM) pour autant qu'elle assure les fonctionnalités requises. Parmi ces technologies, il nous semble que les Etats membres ont l'obligation de choisir celle qui est la moins chère puisqu'ils doivent opter pour l'approche la plus efficace et entraînant le moins de distorsion dans le marché.

Le service universel comprend également la mise à la disposition des utilisateurs d'un annuaire, qui doit être complet tout en respectant les règles sur la protection de la vie privée¹⁶⁵ et présenter les données de manière non-discriminatoire. Il peut être mis à disposition sous une forme imprimée et/ou électronique, devant être approuvée par l'autorité compétente, et doit être mis à jour au moins une fois par an. En outre, un service de renseignements téléphoniques doit être accessible à tous les utilisateurs finals, y compris au départ de postes téléphoniques payants publics.

Ensuite, le service universel comprend la mise à disposition de postes téléphoniques payants publics, notamment permettant des appels d'urgence gratuits, pour répondre aux besoins raisonnables des utilisateurs finals en termes de couverture géographique. Toutefois, dans un souci de réglementation minimale, les ARN peuvent décider de ne pas imposer cette obligation sur tout ou partie de leur territoire si ces services ou des services comparables sont largement accessibles.

Enfin, le service universel comprend toutes les mesures accessoires qui permettent aux utilisateurs handicapés de bénéficier d'un accès aux trois services déjà cités (accès au réseau et services téléphoniques publics, annuaires et services de renseignements, cabines publiques) qui soit équivalent à celui des autres utilisateurs finals. Par exemple, les Etats membres peuvent prévoir la fourniture gratuite de terminaux téléphoniques textuels pour les sourds ou des factures détaillées en Braille pour les aveugles et malvoyants¹⁶⁶. En outre, les Etats membres peuvent prendre des mesures particulières pour faire en sorte que les utilisateurs handicapés profitent du choix des entreprises dont jouit la majorité des utilisateurs finals (et partant puissent faire jouer les forces de concurrence à leur profit), par exemple en donnant directement des subsides aux handicapés.

En outre, à la lumière de l'évolution sociale, économique et technologique, la Commission devra réexaminer la situation en juillet 2005¹⁶⁷, en particulier le cas de l'accès à Internet à haut débit et celui des services mobiles. Le cas échéant, elle proposera une extension du service universel selon un double critère prévu dans la directive: le manque d'accès à un service spécifique accessible à la majorité de la population doit être source d'exclusion sociale et la mise à disposition de ce service doit procurer à l'ensemble de la population un avantage général net (notamment suite aux effets de réseau) justifiant une intervention publique.

Modalités de fourniture

Après avoir énuméré les différents services qui composent le service universel, la directive en régit les conditions de fourniture, qui sont liées à la qualité et au prix. L'article 9 de la directive "service universel" prévoit que tous les services doivent être offerts à des tarifs abordables, compte tenu des circonstances nationales. Les Etats membres peuvent imposer

¹⁶⁴ Article 4.2 et considérant 8 de la directive "service universel". Il est également prévu que les Etats membres peuvent autoriser des débits de données inférieurs à ce plafond de 56 kbits/s pour exploiter les technologies sans fil, ce qui est particulièrement important pour les pays candidats.

¹⁶⁵ En particulier les articles 12 et 16 de la directive "vie privée et communications électroniques".

¹⁶⁶ Considérant 13 de la directive "service universel".

¹⁶⁷ Article 15 et Annexe V de la directive "service universel".

des options tarifaires qui diffèrent de celles offertes dans des conditions normales d'exploitation commerciale et qui sont en dessous des coûts, ou une péréquation géographique sur l'ensemble du territoire national. Alternativement, ils peuvent distribuer une aide directe aux consommateurs ayant des besoins spécifiques, par exemple sous forme de bons d'achat¹⁶⁸.

Pour assurer que les abonnés peuvent surveiller et maîtriser leurs dépenses et éviter une interruption injustifiée du service, l'article 10 et l'annexe I prévoient que les prestataires du service universel fournissent gratuitement une possibilité de paiement échelonné pour les frais de raccordement et de pré-paiement pour les services téléphoniques, une interdiction sélective des appels sortants, une facturation détaillée et une déconnexion "en douceur" (c'est-à-dire un blocage des appels sortants payants) en cas de non-paiement des factures. Toutefois, pour assurer une réglementation minimale, les ARN peuvent décider de ne pas imposer de telles obligations sur tout ou partie de leur territoire lorsque ces services y sont largement disponibles. En outre, les prestataires du service universel ne peuvent pas imposer aux consommateurs d'acheter des compléments de services qui ne seraient pas nécessaires pour le service demandé.

Enfin, l'article 11 prévoit que ces prestataires doivent publier des informations relatives à tous les indicateurs de qualité de services repris à l'annexe III¹⁶⁹ de la directive ou à d'autres indicateurs qui pourraient être conçus par les ARN, notamment pour tenir compte des besoins spécifiques des utilisateurs handicapés. En outre, les ARN peuvent établir des objectifs de performance, dont le non-respect pourrait entraîner des sanctions à l'encontre des prestataires, en suivant les conditions prévues par l'article 10 de la directive "autorisation".

Désignation et compensation des prestataires du service universel

Après avoir décrit les droits des citoyens européens, la directive "service universel" organise la manière dont les Etats doivent en assurer le respect.

L'article 8 dispose que les États membres peuvent si nécessaire désigner une ou plusieurs entreprises afin de garantir l'offre du service universel. Si cela s'avère efficace, plusieurs entreprises peuvent être désignées pour fournir différents éléments du service universel et/ou couvrir différentes parties du territoire national.

Le mécanisme de désignation doit être objectif, transparent, non-discriminatoire, et partant toutes les entreprises aptes à fournir le service universel (y compris les opérateurs mobiles le cas échéant) doivent pouvoir participer au processus de désignation et en être informées¹⁷⁰. De plus, ce mécanisme doit mener à la fourniture la plus efficace, c'est-à-dire la moins onéreuse possible, de l'ensemble des services. En pratique, toute une palette de méthodes sont possibles, allant de la désignation directe aux procédures de sélection comparatives ou concurrentielles, semblables à celles utilisées pour l'attribution des marchés publics. Toutefois, l'utilisation de telles méthodes concurrentielles peut poser de nombreux problèmes

¹⁶⁸ Il peut être efficace pour les Etats membres de choisir deux mécanismes différents de fourniture du service universel: pour les régions non rentables, telles les campagnes à faible densité de population, des tarifs en dessous des coûts sont imposés à un opérateur désigné, tandis que pour les consommateurs non rentables dans une région rentable, telle une personne habitant en ville mais ayant fort peu de communications, des bons d'achat leur seraient distribués pour qu'ils puissent eux-mêmes choisir leur fournisseur.

¹⁶⁹ Délai de fourniture pour le raccordement initial, taux de défaillance par ligne d'accès, délai de réparation d'une défaillance, taux de défaillance des appels, durée d'établissement de la communication, temps de réponse pour les services par opérateur/opératrice, temps de réponse pour les services de renseignements téléphoniques, proportion des postes téléphoniques payants publics (à pièces de monnaie ou à carte) en état de fonctionnement, plaintes concernant la facturation

¹⁷⁰ Voy. aussi C.J.C.E., 7 décembre 2000, *Telaustria*, C-324/98, Rec. I-10745, par. 62, qui impose une obligation de transparence, une publicité adéquate et un contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudications, même pour les contrats qui ne sont pas couverts par les directives dans le domaine des marchés publics.

suite au pouvoir des anciens monopoleurs qui contrôlent toujours l'infrastructure locale et détiennent l'information sur les coûts de fourniture des clients finals. Dès lors, elles ne doivent être utilisées que lorsqu'il y a suffisamment de concurrence sur le marché de l'accès local et que dès lors plusieurs entreprises peuvent enchérir sur les anciens monopoleurs.

L'ARN détermine aussi le coût net de la fourniture du service universel lorsqu'elle estime qu'il représente une charge injustifiée pour les entreprises. Pour ce faire, l'article 12 prévoit deux méthodes possibles en fonction du processus de désignation. Soit le coût est révélé par le mécanisme de désignation lui-même (telle une mise aux enchères). Dans cette hypothèse, le coût correspond à l'offre la plus basse reçue et sélectionnée par l'ARN, pour autant que le mécanisme d'enchères fut efficace¹⁷¹. Soit le coût est calculé en tant que tel, et correspond aux coûts que les prestataires auraient évités s'ils avaient eu le choix de ne pas remplir les obligations de service universel (coût net évitable). Le calcul se fonde sur les coûts imputables aux éléments de services et aux groupes d'utilisateurs finals qui ne peuvent être fournis qu'à perte ou à des prix s'écartant des conditions commerciales normales¹⁷². De ces coûts, il faut déduire les avantages immatériels, à savoir l'estimation en termes monétaires des avantages indirects qu'une entreprise tire du fait de sa position en tant que fournisseur du service universel comme par exemple le fait d'être présent et visible à travers tout le pays¹⁷³. Dans cette seconde hypothèse, toute information servant de base pour le calcul du coût est soumise à la vérification de l'ARN ou d'un organisme indépendant agréé par elle, et le résultat du calcul est mis à la disposition du public. On le voit, dans la première hypothèse, la détermination du coût est relativement aisée car elle est révélée durant la procédure de désignation, à l'image du calcul du coût d'un marché public. Par contre, dans la seconde hypothèse, la détermination se fera sur la base d'un calcul spécifique et complexe par l'ARN¹⁷⁴.

Lorsque l'ARN estime que le coût net du service universel représente une charge injustifiée pour son prestataire¹⁷⁵, l'article 13 prévoit deux mécanismes de compensation possible: les fonds publics et/ou un fonds sectoriel. Dans les deux cas, le mécanisme de compensation doit être notifié à la Commission¹⁷⁶ et respecter le droit communautaire, et en particulier le régime des aides d'Etat¹⁷⁷.

¹⁷¹ Ainsi, si une seule offre a été reçue, le mécanisme n'est pas nécessairement efficace, et partant le coût net doit être calculé séparément.

¹⁷² Même si la directive ne le prévoit pas, il nous semble que les coûts et les recettes à prendre en considération dans le calcul du coût net doivent être prévisionnels et non historiques car ils mènent à une fourniture efficace et minimisent les distorsions de marchés.

¹⁷³ Annexe IV, partie A, et considérants 19 et 20 de la directive "service universel". Sur la méthodologie de calcul du coût, voy.: Communication de la Commission du 27 novembre 1996 sur les critères d'évaluation pour les systèmes nationaux de calcul du coût et de financement du service universel dans les télécommunication, et les lignes directrices pour les Etats membres en ce qui concerne le fonctionnement de tels systèmes, COM(96) 608; WIK, *Study on the Costing and Financing Universal Service Obligations in a Competitive Telecommunications Environment in the European Union*, 1997

¹⁷⁴ L'ARN doit préciser les différents éléments du service universel qui donnent lieu à un coût net et ne peut fixer des composantes du coût net du service universel de manière forfaitaire et imprécise, ni négliger de tenir compte des bénéfices immatériels même si leur évaluation est complexe: C.J.C.E., 6 décembre 2001, *Commission/France (service universel en France)*, C-146/00, Rec. I-9767, par. 52, 60 et 76. Voy. aussi: C.J.C.E., 30 novembre 2000, *Commission/Belgique (service universel en Belgique)*, C-384/99, Rec. I-10633.

¹⁷⁵ L'existence d'une charge injustifiée est appréciée souverainement par l'ARN et n'est pas nécessairement impliquée par l'existence d'un coût net. L'ARN peut ainsi décider que l'ampleur du coût net ne justifie pas les coûts administratifs d'un système de compensation spécifique: Communication de la Commission du 27 novembre 1996, *cit. supra*, par. 2.3.

¹⁷⁶ Article 6.2 de la directive "libéralisation".

¹⁷⁷ Ce régime est en évolution. Dans deux arrêts récents, le Tribunal de première instance avait estimé qu'un financement public qui compensait le coût net d'une obligation de service public constituait une aide d'Etat et

Si un fonds sectoriel est mis en place, il doit être alimenté par tous les fournisseurs de réseaux et de services de communications électroniques fournissant des services sur le territoire de l'Etat qui a instauré le fonds. Le mécanisme de répartition des charges entre ces opérateurs doit être objectif, non discriminatoire, proportionné, et entraîner une distorsion minimale des marchés. Dès lors, les contributions doivent être récupérées de manière à réduire au minimum l'incidence de la charge financière supportée par les utilisateurs finals, notamment par une répartition de ces contributions aussi large que possible¹⁷⁸. Toutefois, les Etats membres peuvent exempter de contribution les entreprises dont le chiffre d'affaire national est inférieur à une limite fixée. En outre, le mécanisme de répartition doit éviter d'imposer doublement les entrées et les sorties des entreprises (tel un opérateur devant payer une contribution sur la base de ses propres activités *et* sur la base des services achetés à un autre opérateur), et partant un système similaire à la TVA qui évite de tels problèmes serait souhaitable. Enfin, tout fonds sectoriel est géré par l'ARN ou par un organisme indépendant et surveillé par celle-ci, et pour assurer la transparence, un rapport indiquant les coûts des obligations de service universel et les contributions de chaque opérateur est publié annuellement.

- ***Services obligatoires additionnels qui peuvent être prévus par les Etats membres***

Le service universel comprend un ensemble minimal de services qui doit être disponible dans l'ensemble de la Communauté et dont le coût net peut être financé par le budget de l'Etat et/ou par un fonds sectoriel. Par rapport au cadre de 1998, le champ du service universel n'a été que légèrement étendu. Comme la Commission l'avait indiqué, une extension importante n'était pas souhaitable¹⁷⁹ notamment car elle risquait d'entraîner un financement par le secteur des communications électroniques de services qui ne l'étaient pas auparavant et qui ne lui sont pas directement liés¹⁸⁰ et de fixer un seuil qui n'était pas réalisable pour les pays candidats où les réseaux ne sont pas encore fort développés¹⁸¹.

Toutefois, les Etats membres peuvent aller au-delà de ce minimum et décider de rendre accessibles et abordables sur leurs territoires des services additionnels si le marché ne répond pas aux exigences des utilisateurs finals. Par exemple, dans le cadre des initiatives "eEurope"¹⁸², ils peuvent faire en sorte que l'ensemble des établissements scolaires ait un accès à Internet, ou favoriser la mise en place d'infrastructures à haut débit, notamment dans les régions en retard de développement. Tout mécanisme de compensation du coût net de

partant, devait être notifié à la Commission, mais pouvait être autorisé sur base de l'article 86(2) du Traité CE: *T.P.I.C.E.*, 27 février 1997, *FFSA*, T-106/95, Rec. II-229, par. 172 et 178; *T.P.I.C.E.*, 10 mai 2000, *SIC*, T-46/97, Rec. II-2125, par. 84. Toutefois, la Cour de Justice semble avoir renversé cette jurisprudence, en estimant qu'un financement qui compense exactement le coût net d'une obligation de service public n'est pas une aide d'Etat car il ne constitue pas une avantage susceptible d'affecter la position concurrentielle de son bénéficiaire: *C.J.C.E.*, 22 novembre 2001, *Ferring*, C-53/00, Rec. I-9067, par. 27. Dans des affaires plus récentes, l'avocat général Léger conseille à la Cour de revenir à la jurisprudence *FFSA*: *Altmark Trans*, C-280/00, tandis que l'avocat général Jacobs suggère une voie médiane qui dépend de la méthode de désignation de l'entreprise ayant des obligations de services publics: *GEMO*, C-126/01.

¹⁷⁸ Considérant 23 de la directive "service universel".

¹⁷⁹ Communication "réexamen 1999", 47-49. Voy. aussi: WIK, *Study on the re-examination of the scope of universal service in the telecommunications sector of the European Union, in the context of the 1999 Review*, 2000.

¹⁸⁰ Si les livres scolaires n'ont jamais été financés par les administrations de télécommunications, on ne voit pas pourquoi l'Internet à l'école devrait l'être par les opérateurs de communications électroniques.

¹⁸¹ CULLEN INTERNATIONAL, WIK, *Study on Universal Service in the Accession Countries*, 2001.

¹⁸² Voy. notamment communication de la Commission du 28 mai 2002, eEurope 2005: une société de l'information pour tous - Plan d'action présenté en vue du Conseil européen de Séville des 21 et 22 juin 2002, COM(2002) 263.

fourniture de ces services additionnels doit alors respecter le droit communautaire, et en particulier le régime des aides d'Etat, mais comme le précise l'article 32 de la directive "service universel", un fonds sectoriel ne peut être utilisé. En effet, il apparaît que l'utilisation de ces fonds doit être limitée car concentrant le financement d'obligations d'intérêt général sur un secteur particulier, elle peut entraîner de fortes distorsions de marché et des barrières à l'entrée et ainsi freiner le développement de ce secteur important de l'économie.

- ***Universalité d'accès à un ensemble minimal de lignes louées***

Si les articles 3 à 15 de la directive "service universel" visent à assurer qu'un ensemble de services minimaux est disponible à prix abordables pour tous les citoyens européens, l'article 18 et l'annexe VII visent à assurer qu'un ensemble minimal et harmonisé de lignes louées est disponible à prix coûtant à travers la Communauté¹⁸³.

Champ d'application et modalités de fourniture

L'ensemble minimal de lignes louées, ainsi que les caractéristiques harmonisées et les normes qui y sont associées, est repris dans la liste "normes" adoptée sur la base de l'article 17 de la directive "cadre". La Commission peut le modifier en fonction des évolutions technologiques et commerciales, en associant le COCOM conformément à la procédure de comitologie de réglementation.

Cet ensemble minimal doit être disponible sur l'ensemble du territoire des Etats membres, mais contrairement au service universel, il ne doit pas être nécessairement abordable pour tous. Il doit seulement être offert dans des conditions non-discriminatoires et orientées vers les coûts, et les caractéristiques techniques et les conditions de fournitures (y compris les tarifs) doivent être publiées sous une forme aisément accessible.

Fournisseurs de l'ensemble minimal de lignes louées

Les prestataires de ces obligations sont les entreprises puissantes¹⁸⁴ sur le marché de la fourniture de l'ensemble minimal de lignes ou d'une partie de celui-ci. En pratique, l'ARN définit selon les méthodologies du droit de la concurrence les marchés pertinents couverts par l'ensemble minimal de lignes louées repris dans la liste "normes". Ensuite, elle détermine si ces marchés sont en concurrence effective. Si tel est le cas, aucune obligation n'est imposée, le législateur européen ayant estimé que le marché seul peut alors assurer l'accessibilité des lignes à prix coûtant. Par contre, si le marché n'est pas en concurrence effective, l'ARN désigne les opérateurs puissants, et leur impose les obligations de fourniture dans les conditions précitées. Contrairement au service universel, les fournisseurs des lignes louées n'ont pas droit à une compensation puisque, offrant leur service à prix coûtant, ils n'encourent aucun coût net¹⁸⁵.

¹⁸³ Il maintient ainsi le régime de la directive "ONP-lignes louées" (directive 92/44/CEE du Conseil du 5 juin 1992 relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert aux lignes louées, *J.O.C.E.*, 19.6.1992, L 165/27, modifiée notamment par la directive 97/51/CE du 6 octobre 1997, *J.O.C.E.*, 29.10.1997, L 295/23).

¹⁸⁴ L'utilisation du régime PSM pour la désignation des fournisseurs de l'ensemble minimal de lignes louées est regrettable et pourrait mener à une impasse. Ce régime vise principalement à prévenir tout abus de pouvoir de marché, et partant à assurer que les biens ou services *qui sont offerts* sur le marché le soient à prix coûtant. Toutefois, il devrait pas viser à assurer que certains biens particuliers soient offerts sur le marché. En effet, si un bien n'est pas proposé, il n'y pas d'entreprise puissante. Dès lors, si la liste de l'ensemble minimal comprend des lignes louées qui ne sont pas offertes sur le marché, il n'y a pas d'opérateur puissant et partant l'ARN ne peut pas imposer l'obligation de fourniture. Il eut été préférable de maintenir le système du cadre de 1998 dans lequel les obligations s'imposaient aux organismes puissants, ou à défaut à tout autre opérateur désignés (article 1^{er} de la directive "ONP-lignes louées").

¹⁸⁵ Considérant 28 de la directive "service universel".

- ***Universalité d'accès à certains services de radio et télévision: les obligations de diffuser ("must carry")***¹⁸⁶

Afin de garantir des objectifs de diversité et de pluralisme culturel, les Etats peuvent souhaiter qu'un certain nombre de chaînes ou de services de radio ou de télévision soient disponibles sur l'ensemble leur territoire. Ces objectifs touchent au contenu, et partant ne relèvent pas en soi du nouveau cadre réglementaire. Toutefois, si le marché seul ne les satisfait pas, les Etats membres doivent prendre des mesures pour assurer l'accessibilité de tels programmes et services.

Dans la mesure où ils imposent des obligations de transporter des programmes aux opérateurs couverts par le nouveau cadre (opérateurs de réseaux, de services et de ressources associées de communications électroniques), les Etats doivent respecter les directives et ne peuvent imposer que les obligations qui y sont prévues. Ainsi, l'article 31 de la directive "service universel" prévoit que *"les États membres peuvent imposer des obligations raisonnables de diffuser, ("must carry") pour la transmission des chaînes ou des services de radio et de télévision spécifiés, aux entreprises qui, sous leur juridiction, exploitent des réseaux de communications électroniques utilisés pour la diffusion publique d'émissions de radio ou de télévision"*.

Champ d'application: programmes et services qui doivent être transmis

La directive laisse beaucoup de flexibilité aux Etats membres pour déterminer les programmes et services de radio et télévision qui doivent être transportés, puisqu'il s'agit principalement d'une question de contenu¹⁸⁷. Toutefois, certaines limites sont prévues puisque les obligations ne peuvent être imposées que pour la transmission de services qui sont liés à la radiotélévision (ce qui inclut par exemple le télétexte ou des services spécialement destinés à permettre un accès convenable des utilisateurs handicapés). De plus, pour assurer la transparence et la proportionnalité, l'article 31 prévoit que les programmes et services à transmettre doivent être spécifiés par les Etats membres et nécessaires pour atteindre des objectifs d'intérêt général clairement définis.

Prestataires

Après avoir défini les programmes et services qui doivent être transmis, il faut déterminer les opérateurs auxquels les obligations peuvent être imposées. La directive prévoit que les obligations ne peuvent être imposées qu'aux opérateurs de réseaux remplissant deux conditions cumulatives: un *nombre significatif* d'utilisateurs finals de ces réseaux les utilisent comme leurs *moyens principaux* pour recevoir des émissions de radio ou de télévision. Actuellement, cela couvre les trois plates-formes radiotélevisées traditionnelles (câble, satellite et réseau terrestre), mais ne couvre pas les infrastructures télécoms utilisant les technologies DSL ou les réseaux mobiles de la troisième génération. Dès lors, aucune obligation de diffuser ne peut être imposée à tous les autres opérateurs couverts par le cadre réglementaire. En particulier, ces obligations ne peuvent être imposées aux opérateurs de ressources associées car les articles 5 et 6 de la directive "accès" prévoient déjà un accès suffisant à ces ressources¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Voy. aussi le rapport rédigé pour les services de la Commission: OVUM, SQUIRE-SANDERS-DEMPSEY, *An inventory of EU must-carry regulations*, 2001.

¹⁸⁷ Toutefois, les Etats membres doivent respecter les autres règles communautaires et en particulier les règles sur la libre prestation des services (C.J.C.E., 25 juillet 1991, *Mediawet I*, C-288/89, Rec. I-4007) et le droit de la concurrence.

¹⁸⁸ Voy. la déclaration du Commissaire Liikanen avant le vote en seconde lecture de la directive au Parlement européen, 12 décembre 2001. Toutefois, le régime applicable aux opérateurs de réseaux et celui qui s'applique

D'un autre côté, le nouveau cadre ne préjuge pas des obligations qui sont imposées aux opérateurs non couverts par son champ d'application. Par exemple, les Etats membres peuvent forcer les opérateurs de bouquet à inclure certains programmes dans leurs offres¹⁸⁹ ou prévoir des obligations en rapport avec la présentation des guides électroniques de programmes et des outils de présentation et de navigation similaires¹⁹⁰.

Enfin, les obligations imposées doivent être non discriminatoires (quant aux réseaux et quant aux opérateurs), transparentes, revues périodiquement et proportionnées. Cela signifie que pour atteindre l'objectif d'intérêt général d'accessibilité du contenu, les mesures prises doivent être les moins interventionnistes et les plus légères possibles pour les opérateurs de réseaux. En compensation de ces obligations, les Etats membres peuvent prévoir une rémunération appropriée, proportionnée et transparente, mais ils n'ont aucune obligation de le faire. Cette flexibilité, qui n'avait pas été proposée par la Commission¹⁹¹, nous semble regrettable pour trois raisons. D'abord, elle laisse la possibilité aux Etats de quasi "exproprier" une partie de la capacité d'un opérateur de réseau sans le compenser. Ensuite, elle risque de mener à une diversité de régimes à travers l'Europe, et partant à une fragmentation du marché intérieur. Enfin, elle n'incite pas les Etats à mener une analyse "coût-bénéfices" rigoureuse quand ils définissent les objectifs d'intérêt général, puisqu'ils peuvent imposer des obligations qu'ils ne paient pas. Comme la théorie économique l'a montré, lorsque celui qui pose les choix n'en subit pas les conséquences, ces choix ne sont généralement pas optimaux. Dès lors, il nous semble qu'il eut été préférable de prévoir un régime similaire à celui qui a été mis en place dans le cadre du service universel, dans lequel l'Etat ou le secteur tout entier est amené à compenser les entreprises encourrant des coûts nets suite à une obligation de service public.

6.2 Réglementation pour la protection des intérêts et droits des utilisateurs

Le chapitre IV de la directive "service universel" est consacré à la protection des intérêts et droits des utilisateurs finals de réseaux et services de communications électroniques. Il consiste en un ensemble hétéroclite de dispositions poursuivant des objectifs aussi divers qu'assurer un degré élevé d'information, imposer des obligations de fournir des compléments de services, ou prévoir des mécanismes de gouvernance plus efficaces.

Ces dispositions créent des droits pour les utilisateurs finals, ou dans certains cas, pour les consommateurs uniquement¹⁹². Les obligations qui en découlent s'appliquent aux entreprises fournissant les réseaux et services visés par la directive, sans que ces dernières ne puissent prétendre à une quelconque compensation. En outre, la législation communautaire en vigueur en matière de protection des consommateurs dans le domaine des contrats¹⁹³ s'applique aux transactions effectuées par les consommateurs sur des réseaux et des services électroniques.

aux opérateurs de ressources associées est fondamentalement différent puisque les premiers peuvent être obligés de donner l'accès gratuitement alors que les seconds peuvent demander une rémunération raisonnable.

¹⁸⁹ Considérant 45 de la directive "service universel".

¹⁹⁰ Article 6.4 de la directive "accès".

¹⁹¹ Article 26.2 de la proposition de directive "service universel" (J.O.C.E., 19.12.2000, C 365 E/238), qui prévoyait une compensation obligatoire.

¹⁹² L'utilisateur final demande un service de communications électroniques, mais n'en fournit pas au public. Il peut s'agir d'une grande entreprise industrielle qui souhaite relier ses filiales, d'une PME, ou encore d'un consommateur, qui est *"toute personne physique qui utilise ou demande un service de communications électroniques accessible au public à des fins autres que professionnelles"*. Voy. les articles 2.(i) et 2.(n) de la directive "cadre".

¹⁹³ En particulier la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (J.O.C.E., 21.4.1993, L 95/29) et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance (J.O.C.E., 4.6.1997, L 144/19).

Transparence et information

Ainsi, plusieurs dispositions entendent assurer un niveau élevé de transparence dans les conditions de fourniture des réseaux et des services électroniques, notamment pour aider les utilisateurs finals à opérer des choix optimaux et à tirer pleinement parti de la concurrence¹⁹⁴.

D'abord, l'article 20 de la directive dispose que tout consommateur souscrivant à des services fournissant la connexion à un réseau téléphonique public et/ou l'accès à un tel réseau a droit à un contrat contenant un certain nombre de mentions¹⁹⁵. Pour la fourniture d'autres services, ce droit n'est pas reconnu, mais si un contrat est néanmoins conclu, il doit contenir les mentions équivalentes. Le droit à un contrat peut être étendu par les Etats membres pour couvrir d'autres utilisateurs finals, notamment les PME. Il est enfin prévu que les abonnés¹⁹⁶ ont le droit de dénoncer un contrat sans pénalité si les conditions contractuelles sont en passe d'être modifiées.

L'article 21 de la directive prévoit ensuite que les États membres doivent s'assurer que des informations transparentes et actualisées¹⁹⁷ relatives aux prix et aux conditions générales du service téléphonique sont mises à la disposition des utilisateurs finals et des consommateurs. L'article 22 dispose enfin que les ARN doivent être en mesure d'exiger des entreprises offrant des services de communications électroniques accessibles au public la publication d'informations comparables, adéquates et actualisées sur la qualité¹⁹⁸ de leurs services à l'attention des utilisateurs finals.

Compléments de service

La directive "service universel" prévoit aussi une série de mesures qui visent à assurer la mise à disposition de certains services en complément du service téléphonique de base pour renforcer la concurrence et l'harmonisation européenne ou assurer une offre de grande qualité.

Ainsi, en vue de faciliter un changement d'opérateurs, l'article 30 de la directive prévoit que les utilisateurs finals des réseaux téléphoniques fixes et mobiles peuvent conserver leurs numéros en changeant d'opérateur dans une zone spécifique pour les numéros géographiques et dans tout le pays pour les numéros non géographiques¹⁹⁹. Les ARN doivent en outre veiller à ce que la tarification de l'interconnexion liée à la portabilité des numéros soit fonction du coût et que, le cas échéant, les redevances à payer par le consommateur ne jouent pas un rôle dissuasif. De même, pour diminuer les coûts de changements sur le marché de la télévision numérique et pour assurer la connectivité la plus complète aux récepteurs de télévision, l'article 24 de la directive garantit l'interopérabilité des équipements de télévision numérique grand public, sans pour autant imposer une norme spécifique, et l'Annexe VI expose les caractéristiques techniques des équipements auxquels ces prescriptions s'appliquent.

Pour garantir des services de grande qualité, l'article 23 dispose que les Etats membres doivent prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer l'intégrité et l'accès au réseau téléphonique public et aux services en position déterminée, en particulier un accès

¹⁹⁴ Considérant 30 de la directive "service universel".

¹⁹⁵ Comme l'identité et l'adresse du fournisseur, le niveau de qualité et le détail des prix des services fournis, la durée du contrat, les conditions de renouvellement et d'interruption, les mécanismes de compensation et les modalités des procédures pour le règlement des litiges.

¹⁹⁶ Tel que défini par l'article 2.(k) de la directive "cadre": "Toute personne physique ou morale partie à un contrat avec un fournisseur de services de communications électroniques accessibles au public, pour la fourniture de tels services".

¹⁹⁷ Prévu par l'annexe II de la directive "service universel".

¹⁹⁸ Les indicateurs de qualité sont prévus par l'annexe III de la directive "service universel".

¹⁹⁹ Le considérant 40 précise que la portabilité n'est pas obligatoire entre les numéros fixes et mobiles, mais une modification dans ce sens peut être envisagée par les Etats membres.

ininterrompu aux services d'urgence, notamment en cas de défaillance catastrophique du réseau ou dans les cas de force majeure. L'article 29 prévoit que les ARN peuvent exiger, sous réserve de faisabilité technique et économique, la mise à disposition des utilisateurs finals de la numérotation au clavier et l'identification de la ligne appelante. Enfin, l'article 25 dispose que tout utilisateur final raccordé au réseau téléphonique public doit pouvoir accéder aux services d'assistance et de renseignements téléphoniques, de même que tout abonné doit pouvoir être inscrit dans un annuaire. En complément, toutes les entreprises attribuant des numéros de téléphone sont tenues de fournir, de façon équitable, objective, modulée en fonction des coûts et non discriminatoire, des informations pertinentes afin d'alimenter un répertoire téléphonique.

En vue de promouvoir un marché européen de la téléphonie, l'article 25 prévoit que toute restriction réglementaire empêchant les utilisateurs finals d'un État membre d'accéder directement au service de renseignements téléphoniques d'un autre État membre doit être supprimée. L'article 26 maintient le numéro européen unique d'appel d'urgence "112" en sus des numéros d'urgence nationaux et prévoit que les États membres assurent, dans la mesure où cela est techniquement faisable, que les informations relatives à la localisation de l'appelant soient mises à la disposition des autorités d'urgence. Enfin, l'article 27 prévoit que l'utilisation du préfixe d'accès international unique "00" doit être assuré ainsi que l'obligation pour les opérateurs d'acheminer et de faire aboutir les appels lancés à partir du préfixe régional européen "3883"²⁰⁰.

Meilleure gouvernance

Enfin, les articles 33 et 34 de la directive "service universel" traduisent de nouvelles méthodes réglementaires qui doivent permettre d'atteindre une meilleure gouvernance du secteur. L'article 33.1 assure que les ARN consultent tous les acteurs du marché (utilisateurs, opérateurs, fabricants) et tiennent compte de leur point de vue sur toute question liée aux droits des utilisateurs finals. De plus, l'article 32.2 suggère la possibilité d'utiliser, en suivant les orientations des ARN, des mécanismes de co-réglementation, notamment en élaborant des codes de conduites. La co-réglementation, largement soutenue et encouragée par le Parlement européen et la Commission²⁰¹, associe des mesures législatives ou réglementaires contraignantes à des mesures prises par les acteurs les plus concernés. Il en résulte une plus large appropriation des politiques en question, une meilleure adéquation et un meilleur respect de la règle, même non contraignante. Les mécanismes de co-réglementation doivent être guidés par les mêmes principes que la réglementation formelle, à savoir être objectifs, justifiés, proportionnels, non discriminatoires et transparents.

Par ailleurs, l'article 34 prévoit la mise à disposition de procédures extrajudiciaires transparentes, simples et peu onéreuses pour le règlement des différends opposant d'un côté les consommateurs et, de l'autre, les entreprises fournissant des services de communications accessibles au public²⁰².

²⁰⁰ Code attribué par la recommandation E.164 de l'UIT. Les arrangements d'interconnexion qui y sont liés sont régis par les dispositions de la directive "accès".

²⁰¹ Voy. Commission, Gouvernance européenne - Un livre blanc, *J.O.C.E.*, 12.10.2001, C 287/17.

²⁰² Selon le considérant 47 de la directive "service universel", les États membres doivent tenir compte de la recommandation 98/257/CE de la Commission du 30 mars 1998 concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation, *J.O.C.E.*, 17.4.1998, L 115/31.

7 CONCLUSION

Le Livre vert de 1987 énonçait que *"l'objectif essentiel est de développer les conditions dans lesquelles le marché offrira aux utilisateurs européens une plus grande variété de services de télécommunications de meilleure qualité et à un coût moindre, permettant à l'Europe de recueillir, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur, les pleins bénéfices d'un secteur de télécommunications puissant"*. Depuis les débuts de la libéralisation, cet objectif général a été maintenu, mais puisque les conditions technologiques et économiques se sont modifiées, il fallait y adapter la réglementation. Après avoir passé en revue les nouvelles directives, on peut se demander si les objectifs de la révision ont été atteints, si les adaptations au nouveau contexte permettront aux utilisateurs européens de tirer les pleins bénéfices d'un puissant secteur des communications électroniques.

D'abord, le réexamen visait à répondre à la convergence technologique. Cet objectif est pleinement atteint puisque le champ d'application des nouvelles directives a été étendu à l'ensemble des réseaux et services de communications électroniques, qui sont tous régulés d'une manière semblable. Il n'y a donc plus de directive spécifique à un type déterminé de réseau ou de service, ce qui nous semble une approche assurant sa pérennité. L'avenir montrera si certaines craintes de voir que le principe de neutralité technologique soit utilisé pour étendre la réglementation à des marchés auparavant non réglementées, étaient fondées.

Ensuite, le réexamen visait à donner plus de flexibilité aux ANR pour permettre de tenir compte des différents stades de développement des marchés au sein de l'Union européenne et de l'évolution rapide et imprévisible du secteur et de ses technologies. Toutefois, il fallait maintenir l'harmonisation de la réglementation pour favoriser un véritable marché unique des communications électroniques et la sécurité juridique pour ne pas décourager l'investissement dans un secteur volatile. L'objectif de flexibilité nous semble avoir été pleinement atteint puisque le nouveau cadre comprend plusieurs instruments importants de *soft law* adoptés par la Commission et donc facilement modifiables et qu'il laisse une importante marge de manœuvre aux ANR. Le marché intérieur ne nous semble pas mis en péril par cette flexibilité accrue grâce aux mécanismes de coordination institutionnelle mis en place. On retrouve ici le débat classique entre subsidiarité et marché intérieur, et les dispositions originales du nouveau cadre (groupe des régulateurs européens et droit de veto partiel de la Commission) pourront sans doute être transposées dans d'autres secteurs. Si dans le futur, il faudra se diriger vers un régulateur européen, tant l'état du marché que l'opinion des Etats membres ne le rendait possible, ni sans doute souhaitable, à ce stade. Par contre, la sécurité juridique fait plutôt figure de *"parent pauvre"* du nouveau cadre. En dépit du fait que les objectifs et principes sont clairement énoncés, que les ARN y sont tenus et que leurs décisions sont fortement encadrées par des consultations publiques, des contrôles de la Commission et des recours juridictionnels, une insécurité subsiste toujours quant aux décisions concrètes des ARN. De plus, alors que le nouveau cadre devait assurer clarté et transparence, au vu du nombre d'instruments qui le composent et de leur complexité, cet objectif ne nous semble pas pleinement atteint. Mais il s'agit sans doute du prix à payer pour une régulation mieux adaptée à un secteur complexe et de permanente évolution.

Enfin, le réexamen visait à achever l'établissement d'une concurrence effective dans le secteur et devait servir d'intermédiaire entre le cadre de 1998 et une situation future dans laquelle le marché aura atteint une maturité suffisante pour être régi uniquement par le droit de la concurrence. Pour ce faire, les nouvelles directives ne suppriment pas toute réglementation spécifique mais en prévoient le retrait progressif, en utilisant les méthodologies du droit

antitrust, au fur et à mesure que la concurrence se développe sur les segments de marchés. Le recours à ces méthodologies doit être salué car elles sont une manière rigoureuse et basée sur des principes établis de 'lire' les forces économiques des marchés. Il pourra d'ailleurs servir d'exemple pour l'évolution de la régulation d'autres industries de réseaux. Toutefois, il doit être entendu que l'utilisation de ces principes ne mènera pas nécessairement à des résultats identiques en droit sectoriel et en droit de la concurrence car les contextes d'analyse sont différents, et qu'elle ne signifie pas un remplacement de la régulation sectorielle par le droit de la concurrence, mais seulement son hybridation. En outre, il nous semble qu'au vu des caractéristiques du secteur des communications électroniques, certains marchés ne connaîtront peut-être jamais l'Eden de la concurrence effective et du seul règne du droit antitrust. Dès à présent, on devrait réfléchir à l'hypothèse d'une régulation sectorielle de long terme.

Le chemin de l'enfer est pavé de bonnes intentions. Le nouveau cadre réglementaire européen des communications électroniques est basé sur de bonnes intentions, et nous semble contenir suffisamment d'éléments pour qu'elles se réalisent. Espérons que l'action des ARN le permettra. Il y va de l'intérêt d'un secteur en crise, mais également de celui de l'économie et de la société toute entière.

ANNEXE

Liste des mesures constituant le nouveau cadre réglementaire des réseaux et services de communications électroniques

- **Directive "cadre":**

Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive "cadre"), *J.O.C.E.*, 24.4.2002, L 108/33.

- **Directive "autorisation":**

Directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et services de communications électroniques (directive "autorisation"), *J.O.C.E.*, 24.4.2002, L 108/21.

- **Directive "accès":**

Directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive "accès"), *J.O.C.E.*, 24.4.2002, L 108/7.

- **Directive "service universel":**

Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive "service universel"), *J.O.C.E.*, 24.4.2002, L 108/51.

- **Directive "vie privée et communications électroniques":**

Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive "vie privée et communications électroniques"), *J.O.C.E.*, 31.7.2002, L 201/37.

- **Directive "libéralisation":**

Directive 2002/77/CE de la Commission du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques, *J.O.C.E.*, 17.09.2002, L 249/21.

- **Décision "spectre radioélectrique":**

Décision N° 676/2002/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire pour la politique en matière de spectre radioélectrique dans la Communauté européenne (décision "spectre radioélectrique"), *J.O.C.E.*, 24.4.2002, L 108/1.

- **Décision "GPSR":**

Décision 2002/622/CE de la Commission du 26 juillet 2002 instituant un groupe pour la politique en matière de spectre radioélectrique, *J.O.C.E.*, 27.7.2002, L 198/49.

- **Décision "GRE":**

Décision 2002/627/CE de la Commission du 29 juillet 2002 instituant le groupe des régulateurs européens dans le domaine des réseaux et services de communications, *J.O.C.E.*, 30.7.2002, L 200/38.

- **Lignes directrices "analyse du marché":**

Lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques, *J.O.C.E.*, 11.7.2002, C 165/6.

- **Recommandation "marchés pertinents":**

Recommandation 2002/xx/CE de la Commission du [...] concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, non encore adaptée.

- **Liste "normes":**

Liste de normes et/ou spécifications pour les réseaux et services de communications électroniques et les ressources et services associés, en vertu de l'article 17 de la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services (directive "cadre"), Edition 1, non encore adoptée.

Pour des informations sur le processus législatif et pour des version électroniques des textes adoptés, voy.

http://europa.eu.int/information_society/topics/telecoms/regulatory/new_rf/index_en.htm.

Pour retrouver les études réalisées pour les services de la Commission dans le contexte du nouveau cadre réglementaire, voy.

http://europa.eu.int/information_society/topics/telecoms/regulatory/studies/index_en.htm